

COMPLEXO JURÍDICO DAMÁSIO DE JESUS

**CURSO DO PROF. DAMÁSIO A
DISTÂNCIA**

DIREITO PENAL

Material encontrado na Web, Reformatado com índice e marcadores para pdf (mvsouza) e devolvido para a Web (16/01/2009).



ÍNDICE REMISSIVO

MÓDULO I	26
1. ART. 1.º DO CP	26
1.2. Princípio da Legalidade	26
1.2.1. Princípio da reserva legal	26
1.2.2. Princípio da anterioridade	26
2. IRRETROATIVIDADE	27
2.1. Art. 2.º, <i>caput</i> , do CP	27
2.2. Art. 2.º, par. ún., do CP	27
2.3. Extratividade	27
2.4. Art. 3.º do CP	27
3. ART. 4.º, DO CP	28
4. CONFLITO APARENTE DE NORMAS	28
4.1. Princípio da Especialidade	28
4.2. Princípio da Subsidiariedade	28
4.3. Princípio da Consunção	28
4.3.1. Progressão criminosa	28
4.3.2. Antefactum não punível	29
4.3.3. Postfactum não punível	29
4.3.4. Crime progressivo	29
4.3.5. Crime complexo	29
5. ART. 6.º DO CP	29
6. ART. 10 DO CP	29
6.1. Tipos de Prazo	30
MÓDULO II	31
Teoria Geral do Crime	31
1. CONCEITO DE CRIME	31
1.1. Conceito Material de Crime	31
1.2. Conceito Formal de Crime	31
2. ANÁLISE E CARACTERES DO CRIME SOB O ASPECTO FORMAL	31
2.1. Caracteres do Crime sob o Aspecto Formal	31
2.2. Fato Típico: Antijuridicidade e Culpabilidade	31
2.2.1. Elementos do fato típico	31
2.2.2. Antijuridicidade	32
2.2.3. Culpabilidade	32
2.2.4. Punibilidade	32
2.3. Requisitos Elementares e Circunstâncias do Crime	32
2.4. Circunstâncias	32
2.5. Crime e Ícito Civil	32
2.6. Crime e Ilícito Administrativo	32
2.7. O Crime na Teoria Geral do Direito	32
2.8. Do Sujeito Ativo do Crime	33
3. DA CAPACIDADE PENAL	33
3.1. Conceito	33
3.2. Da Capacidade Penal das Pessoas Jurídicas	33
3.3. Da Capacidade Especial do Sujeito Ativo	33
3.4. Da Capacidade Penal em Face das Normas Permissivas	33

3.5. Do Sujeito Passivo do Crime _____	34
3.5.1. Conceito _____	34
3.5.2. Espécies _____	34
3.5.3. Posições do Estado _____	34
3.6. A questão do Incapaz, da Pessoa Jurídica, da Morte, dos Animais e Coisas Inanimadas _____	34
MÓDULO III _____	36
1. ELEMENTOS DO FATO TÍPICO _____	36
1.1. Conduta _____	36
1.1.1. Conduta omissiva _____	36
1.1.2. Espécies de crimes omissivos _____	37
1.2. Resultado _____	37
1.2.1. Resultado jurídico _____	37
1.2.2. Resultado Naturalístico _____	37
1.3. Nexo Causal _____	37
1.3.1. Teoria da equivalência dos antecedentes _____	37
1.3.2. Teoria da imputação objetiva _____	38
1.3.3. Concausa _____	38
1.3.4. Espécies de causa _____	38
2. TIPICIDADE _____	38
2.1. Elementar _____	38
2.2. Circunstância _____	38
2.3. Espécies de Elemento _____	39
MÓDULO IV _____	40
1. TIPO PENAL _____	40
1.1. Conceito e Importância do Tipo _____	40
1.2. Da Adequação Típica e suas Formas _____	40
1.3. Elementos do Tipo _____	40
2. DOLO _____	41
2.1. Conceito _____	41
2.2. Espécies de Dolo _____	41
2.2.1. Dolo natural _____	41
2.2.2. Dolo normativo _____	41
2.2.3. Dolo genérico _____	41
2.2.4. Dolo específico _____	41
2.2.5. Dolo de perigo _____	41
2.2.6. Dolo de dano _____	41
2.2.7. Dolo direto _____	42
2.2.8. Dolo indireto _____	42
2.2.9. Dolo geral ou erro sucessivo _____	42
3. CULPA _____	42
3.1. Tipo Aberto _____	42
3.2. Excepcionalidade da Culpa _____	42
3.3. Compensação de Culpas _____	42
3.4. Graus de Culpa _____	42
3.5. Participação no Crime Culposos _____	42
3.6. Espécies de Culpa _____	43
3.6.1. Culpa inconsciente ou sem previsão _____	43
3.6.2. Culpa consciente ou com previsão _____	43
3.6.3. Culpa indireta ou mediata _____	43
3.6.4. Culpa imprópria _____	43
3.7. Elementos do Fato Típico Culposos _____	43
3.8. Modalidades de Culpa _____	43
3.8.1. Imprudência _____	43
3.8.2. Negligência _____	43
3.8.3. Imperícia _____	43

4. PRETERDOLO	44
5. ERRO DE TIPO	44
5.1. Erro Sobre Elementar de Tipo Incriminador	44
5.2. Erro Sobre Circunstância	45
5.3. Erro Sobre Elementar de Tipo Permissivo	45
5.4. Consequências do Erro de Tipo	45
5.5. Erro de Tipo Acidental	45
MÓDULO V	47
1. CRIME CONSUMADO	47
2. TENTATIVA	47
2.1. Aplicação da Pena	47
2.2. Espécies de Tentativa	47
2.2.1. Tentativa imperfeita ou inacabada	47
2.2.2. Tentativa perfeita ou acabada	47
2.2.3. Tentativa branca	47
2.2.4. Tentativa cruenta	47
2.3. Infrações que Não Admitem Tentativa	47
2.3.1. Crimes culposos e crimes preterdolosos	47
2.3.2. Crimes omissivos próprios	48
2.3.3. Contravenção penal	48
2.3.4. Delitos de atentado	48
2.3.5. Crimes habituais	48
2.4. Tentativa Abandonada ou Qualificada	48
2.4.1. Desistência voluntária	48
2.4.2. Arrependimento eficaz	48
2.5. Tentativa Inidônea ou Inadequada	48
2.5.1. Ineficácia absoluta do meio	48
2.5.2. Improriedade absoluta do objeto	48
3. ARREPENDIMENTO POSTERIOR	49
3.1. Requisitos	49
3.2. Critérios para Aplicação da Redução da Pena	49
3.3. Casos em que o Sujeito Repara o Dano mas não Ocorre a Diminuição da Pena	49
4. CONCURSO DE AGENTES	49
4.1. Teorias Quanto à Responsabilização do Co-autor e do Partícipe	49
4.1.1. Teoria unitária ou monista	49
4.1.2. Teoria dualista	50
4.1.3. Teoria pluralística	50
4.2. Requisitos para o Concurso de Agentes	50
4.3. Formas de Participação	50
4.3.1. Participação moral ou psicológica	50
4.3.2. Participação material	50
4.4. Autoria Mediata	50
4.5. Autoria Colateral	50
4.6. Autoria Incerta	50
4.7. Autoria Ignorada ou Desconhecida	51
4.8. Participação por Omissão	51
4.9. Conivência	51
MÓDULO VI	52
1. ILICITUDE OU ANTIJURIDICIDADE	52
2. CAUSAS LEGAIS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE	52
2.1. Estado de Necessidade	52
2.1.1. Característica essencial	52
2.1.2. Teorias	52
2.1.3. Requisitos para a existência do estado de necessidade	53
2.1.4. Espécies de estado de necessidade	53

2.2. Legítima Defesa	53
2.2.1. Requisitos	53
2.2.2. Espécies de legítima defesa	54
2.2.3. Ofendículos e defesa mecânica predisposta	54
2.3. Estrito Cumprimento do Dever Legal	54
2.4. Exercício Regular do Direito	54
2.4.1. Lesões esportivas	55
2.4.2. Intervenções cirúrgicas	55
2.4.3. Consentimento do ofendido	55
MÓDULO VII	56
1. CULPABILIDADE	56
2. IMPUTABILIDADE	56
2.1. Requisitos	56
2.2. Sistema de Aferição da Inimputabilidade	56
2.3. Embriaguez	56
2.4. Emoção e Paixão	57
3. CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE	57
4. EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA	57
4.1. Hipóteses em que Surge a Anormalidade	58
4.1.1. Coação moral irresistível	58
4.1.2. Obediência hierárquica	58
4.1.3. Causas supralegais de exclusão de culpabilidade	58
MÓDULO VIII	59
1. DA SANÇÃO PENAL	59
1.1. Das Penas	59
1.1.1. Considerações gerais	59
1.1.2. Características da pena	59
1.1.3. Espécies de penas	59
2. DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE	59
2.1. Reclusão	59
2.2. Detenção	60
2.3. Observações	60
3. PROGRESSÃO DE REGIME	60
3.1. Progressão por Salto	60
4. REGRESSÃO DE REGIME (Art. 118 da LEP)	60
5. PRISÃO ALBERGUE E DOMICILIAR	60
6. PENAS ALTERNATIVAS	61
6.1. Penas Alternativas Restritivas de Direitos	61
6.1.1. Observações	61
6.2. Das Penas Alternativas Restritivas de Direitos em Espécie	62
6.3. Conversão da Pena Alternativa em Pena Privativa de Liberdade	62
6.4. Penas Alternativas Restritivas de Direitos Pecuniárias	62
6.4.1. Prestação pecuniária	62
6.4.2. Prestação inominada	62
6.4.3. Perda de bens e valores	63
6.4.4. Princípio da proporcionalidade da pena (art. 5.º, XLV, da CF/88)	63
6.5. Penas Restritivas de Direitos em Sentido Estrito	63
6.5.1. Prestação de serviços à comunidade	63
6.5.2. Limitação de fim de semana	63
6.5.3. Interdições temporárias de direitos	63
6.6. Pena de Multa	63

6.6.1. Execução da multa	64
MÓDULO IX	65
1. COMUNICABILIDADE DE ELEMENTARES E CIRCUNSTÂNCIAS	65
1.1. Elementares	65
1.2. Circunstâncias	65
1.3. Regras do Art. 30 do CP	65
2. DA APLICAÇÃO DA PENA	65
3. DAS CIRCUNSTÂNCIAS	66
3.1. Genéricas	66
3.1.1. Agravantes	66
3.1.2. Atenuantes	66
3.1.3. Causas de aumento e diminuição	66
3.2. Específicas	66
3.2.1. Causa de aumento e diminuição	66
3.2.2. Qualificadoras	66
4. DA APLICAÇÃO DA PENA	66
MÓDULO X	68
1. CONCURSO DE CRIMES	68
1.1. Conceito	68
1.1.1. Sistema do cúmulo material	68
1.1.2. Sistema da exasperação da pena	68
1.2. Formas	68
1.2.1. Concurso material ou real	68
1.2.2. Concurso formal ou ideal	68
1.2.3. Crime continuado	69
2. MEDIDAS DE SEGURANÇA	69
2.1. Conceito	69
2.2. Pressupostos	69
2.2.1. Prática da infração penal	69
2.2.2. Periculosidade	69
2.3. Sistemas	70
2.3.1. Vicariante	70
2.3.2. Duplo binário	70
2.4. Espécies de Medidas de Segurança	70
2.5. Prazo	70
2.6. Desinternação e Liberação	70
2.7. Medida de Segurança na Lei de Tóxicos	70
2.8. Conversão da Pena em Medida de Segurança	71
2.9. Semi-Imputável	71
3. Sursis	71
3.1. Conceito	71
3.2. Natureza Jurídica	71
3.3. Requisitos	71
3.4. Espécies de <i>Sursis</i>	71
3.4.1. Comum	71
3.5. Revogação do <i>Sursis</i>	72
3.5.2. Revogação facultativa	72
3.6. Prorrogação e Extinção Automática do <i>Sursis</i>	72
3.7. <i>Sursis</i> e Lei dos Crimes Hediondos	72
3.8. Audiência Admonitória	72
4. DO LIVRAMENTO CONDICIONAL	72
4.1. Conceito	72
4.2. Distinção com o Sursis	72
4.3. Natureza Jurídica	73

4.4. Requisitos	73
4.4.2. Subjetivos	73
4.5. Condições	73
4.5.1. Obrigatórias	73
4.5.2. Facultativas	73
4.6. Revogação do Livramento Condicional: Obrigatória e Facultativa	73
4.6.1. Obrigatória	73
4.6.2. Facultativa	74
4.7. Efeitos da Revogação do Livramento	74
4.8. Descumprimento de Condição	74
5. REABILITAÇÃO	74
5.1. Efeitos	74
5.2. Natureza Jurídica	75
5.3. Competência	75
5.4. Pluralidade de Condenações	75
5.5. Procedimento	75
5.6. Recurso	75
5.7. Requisitos para Obter a Reabilitação	75
5.8. Revogação da Reabilitação	75
5.8.1. Causa para revogar	75
5.8.2. Efeitos da revogação	75
MÓDULO XI	76
1. DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE	76
1.1. Causas Extintivas da Punibilidade	76
1.1.1. Prescrição (art. 107, inc. IV)	76
1.1.2. Anistia, Graça e Indulto (art. 107, inc. II, do CP)	78
1.1.3. Decadência	79
1.1.4. Perempção (art. 107, inc. IV do CP)	79
1.1.5. Casamento subsequente	79
1.1.6. Renúncia ao direito de queixa e perdão do ofendido (art. 107, inc. V, do CP)	79
1.1.7. Retratação do agente	80
1.1.8. Perdão judicial	80
2. DOS EFEITOS CIVIS DA SENTENÇA PENAL	80
2.1. Reparação Civil	81
2.2. Actio civilis ex delicti	81
2.3. Absolução Penal e Reparação Civil	81
2.4. Confisco	82
MÓDULO XII	84
Dos Crimes Contra a Pessoa	84
Dos Crimes Contra a Vida	84
1. HOMICÍDIO - ART. 121 DO CÓDIGO PENAL	84
1.1. Homicídio Simples	84
1.1.1. Objeto jurídico (bem jurídico tutelado)	84
1.1.2. Sujeito ativo	84
1.1.3. Classificação	84
1.1.4. Sujeito passivo	85
1.1.5. Consumação	85
1.1.6. Tentativa	85
1.1.7. Elemento subjetivo	85
2. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO - ART. 121, § 1.º, DO CÓDIGO PENAL	85
2.1. Natureza Jurídica	85
3. HOMICÍDIO QUALIFICADO - ART. 121, § 2.º, DO CÓDIGO PENAL	86
3.1. Classificação	86

3.1.1. Inciso I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe	86
3.1.2. Inciso II - motivo fútil	86
3.1.3. Inciso III - emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou que possa representar perigo comum.	86
3.1.4. Inciso IV – à traição, de emboscada ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido	87
3.1.5. Inciso V – para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime	88
3.2. Comentários	88
4. HOMICÍDIO CULPOSO - ART. 121, § 3.º, DO CÓDIGO PENAL	89
5. AUMENTO DE PENA ART. 121, § 4.º, DO CÓDIGO PENAL	89
5.1. No Homicídio Culposo	89
5.2. No Homicídio Doloso	90
6. PERDÃO JUDICIAL - ART. 121, § 5.º, DO CÓDIGO PENAL	90
6.1. Natureza Jurídica do Perdão Judicial	90
6.2. Natureza Jurídica da Sentença que Concede o Perdão Judicial	90
7. HOMICÍDIO CULPOSO NO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO	90
MÓDULO XIII	91
1. INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO OU AUXÍLIO AO SUICÍDIO – ART. 122 DO CÓDIGO PENAL	91
1.1. Núcleos do Tipo	91
1.2. Sujeito Passivo	91
1.3. Elemento Subjetivo	91
1.4. Pena	92
1.5. Consumação	92
1.6. Aumento de Pena – Art. 122, par. ún., do Código Penal	92
2. INFANTICÍDIO – ART. 123 DO CÓDIGO PENAL	92
2.1. Tipo Penal	92
2.2. Elementares do Crime	92
2.3. Sujeito Ativo	93
3. ABORTO – ARTS. 124 A 128 DO CÓDIGO PENAL	93
3.1. Conceito	93
3.2. Aborto Criminoso (arts. 124 a 126 do Código Penal)	93
3.2.1. Art. 124 do Código Penal	93
3.2.2. Art. 127 do Código Penal – forma qualificada	94
3.3. Aborto Legal – Art. 128 do Código Penal	94
MÓDULO XIV	95
Dos Crimes Contra a Pessoa	95
1. LESÕES CORPORAIS – ART. 129, DO CÓDIGO PENAL	95
1.1. Sujeito Ativo	95
1.2. Sujeito Passivo	95
1.4. Tentativa	95
1.5. Lesão Leve	95
1.5.1. Ação penal	95
1.5.2. Lesão decorrente de esporte	96
1.6. Lesão Grave – Art. 129, § 1.º, do Código Penal	96
1.6.1. Inciso I – se resulta incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias	96
1.6.2. Inciso II – se resulta perigo de vida	96
1.6.3. Inciso III – se resulta debilidade permanente de membro, sentido ou função.	96
1.6.4. Inciso IV – aceleração do parto	96
1.7. Lesão Gravíssima – Art. 129, § 2.º, do Código Penal	96
1.7.1. Inciso I – se resulta incapacidade permanente para o trabalho	96

1.7.2. Inciso II – se resulta moléstia incurável	96
1.7.3. Inciso III – se resulta perda ou inutilização de membro, sentido ou função	97
1.7.4. Inciso IV – se resulta deformidade permanente	97
1.7.5. Inciso V – se resulta aborto.	97
1.8. Lesão Corporal Seguida de Morte – Art. 129, § 3.º, do Código Penal	97
1.9. Lesão Corporal Privilegiada – Art. 129, § 4.º, do Código Penal	97
1.10. Substituição da Pena - Art. 129, § 5.º do Código Penal	97
1.11. Lesão Corporal Culposa – Art. 129, § 6.º, do Código Penal	98
2. DA PERICLITAÇÃO DA VIDA E DA SAÚDE DE OUTREM	98
2.1. Perigo Para a Saúde ou Vida de Outrem – Art. 132 do Código Penal	98
2.2. Objetividade Jurídica	98
2.3. Sujeito Ativo	98
2.4. Sujeito Passivo	98
2.5. Tipo Objetivo	98
2.6. Pena	98
2.7. Causa de Aumento	99
2.8. Elemento Subjetivo	99
2.9. Consumação	99
2.10. Tentativa	99
2.11. Concurso	99
2.12. Qualificação Doutrinária	99
2.13. Ação Penal	100
3. RIXA – ART. 137, DO CÓDIGO PENAL	100
3.1. Núcleo	100
3.2. Consumação	100
3.3. Rixa Qualificada	100
MÓDULO XV	102
1. CRIMES CONTRA HONRA	102
1.1. Observações Gerais	102
1.1.1. Conceito de honra	102
1.1.2. Honra objetiva	102
1.1.3. Honra subjetiva	102
1.2. Diferença entre Calúnia, Difamação e Injúria	102
1.2.1. Calúnia – art. 138 do Código Penal	102
1.2.2. Difamação – art. 139 do Código Penal	102
1.2.3. Injúria – art. 140 do Código Penal	102
1.3. Considerações Gerais	103
1.4. Exceção da Verdade	104
1.4.1. Calúnia	104
1.4.2. Difamação	104
1.4.3. Injúria	104
1.5. Tentativa	104
1.6. Sujeito Ativo	104
1.7. Sujeito Passivo	105
1.8. Pessoa Jurídica	105
1.9. Disposições Gerais dos Crimes Contra a Honra	105
1.9.1. Causas de aumento de pena – art. 141 do Código Penal	105
1.9.2. Hipóteses de exclusão de ilicitude – art. 142 do Código Penal	105
1.9.3. Retratação – art. 143 do Código Penal	106
1.9.4. Pedido de explicações – art. 144 do Código Penal	106
1.9.5. Ação penal nos crimes contra a honra – art. 145 do Código Penal	106
1.9.6. Formas de ofensa (calúnia, difamação e injúria)	107
2. CRIMES CONTRA A LIBERDADE PESSOAL	107
2.1. Constrangimento Ilegal – Art. 146 do Código Penal	107
2.1.1. Crimes mais graves que absorvem o constrangimento ilegal	107
2.1.2. Aumento da pena	107
2.1.3. Causas especiais de exclusão da tipicidade	108

2.1.4. Observações	108
2.2. Ameaça – Art. 147 do Código Penal	108
2.3. Seqüestro ou Cárcere Privado – Art. 148 do Código Penal	108
2.3.1. Diferença entre seqüestro e cárcere privado	109
2.3.2. Qualificadoras	109
MÓDULO XVI	110
Crimes Contra o Patrimônio	110
1. FURTO – ART. 155 DO CÓDIGO PENAL	110
1.1. Furto Simples	110
1.1.1. Elementos	110
1.1.2. Sujeito ativo	111
1.1.3. Sujeito passivo	111
1.1.4. Consumação	111
1.1.5. Tentativa	112
1.1.6. Concurso de delitos	112
1.2. Furto Noturno - Art. 155, § 1.º, do Código Penal	112
1.3. Furto Privilegiado - Art. 155, § 2.º, do Código Penal	113
1.3.1. Requisitos	113
1.3.2. Conseqüências	113
1.4. Furto Qualificado - Art. 155, §§ 4.º e 5.º, do Código Penal	113
1.4.1. Art. 155, § 4.º, do Código Penal	113
1.4.2. Art. 155, § 5.º, do Código Penal – Inserido pela Lei n. 9.426/96	115
MÓDULO XVII	116
1. ROUBO – ART. 157 DO CÓDIGO PENAL	116
1.1. Elementos do Tipo	116
1.2. Sujeito Ativo	116
1.3. Sujeito Passivo	116
1.4. Objetividade Jurídica	116
1.5. Concurso de Crimes	116
1.6. Consumação do Roubo	117
1.7. Tentativa	117
1.8. Roubo Impróprio – Art. 157, § 1.º, do Código Penal	117
1.8.1. Diferenças entre roubo próprio e roubo impróprio	117
1.8.2. Requisitos do roubo impróprio	117
1.8.3. Consumação	118
1.8.4. Tentativa	118
1.9. Causas de Aumento da Pena – Art. 157, § 2.º, do Código Penal (Roubo Circunstanciado)	118
1.9.1. Emprego de arma	118
1.9.2. Concurso de duas ou mais pessoas	119
1.9.3. Serviço de transporte de valores	119
1.9.4. Veículo automotor que venha a ser transportado para outro estado ou país	119
1.9.5. Se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade	119
1.10. Roubo Qualificado – Art. 157, § 3.º, do Código Penal	119
1.10.1. Consumação e tentativa	120
2. EXTORSÃO – ART. 158 DO CÓDIGO PENAL	120
2.1. Objetividade Jurídica	120
2.2. Diferença entre Extorsão e Exercício Arbitrário das Próprias Razões	120
2.3. Roubo e Extorsão	121
2.4. Diferença entre Extorsão e Estelionato	121
2.5. Extorsão e Constrangimento Ilegal	121
2.6. Consumação e Tentativa	121
2.7. Causas de Aumento da Pena	122
2.8. Extorsão Qualificada	122
3. EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO – ART. 159 DO CÓDIGO PENAL	122
3.1. Objetividade Jurídica	122

3.2 Sujeito Ativo	122
3.3. Sujeito Passivo	122
3.4. Consumação	122
3.5. Competência	122
3.6. Tentativa	122
3.7. Extorsão Mediante Seqüestro e Rapto	122
3.8. Extorsão Mediante Seqüestro e Seqüestro e Cárcere Privado	123
3.9. Elementos Objetivos do Tipo	123
3.10. Formas Qualificadas	123
3.10.1. Art. 159, § 1.º, do Código Penal	123
3.10.2. Art. 159, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal	123
3.11. Delação Eficaz – Art. 159, § 4.º, do Código Penal	124
4. DANO – ART. 163 DO CÓDIGO PENAL	124
4.1. Objeto Material	124
4.2. Sujeito Ativo	124
4.3. Sujeito Passivo	124
4.4. Elementos Objetivos do Tipo	125
4.5. Consumação	125
4.6. Tentativa	125
4.7. Dano Qualificado – Art. 163, par. ún., do Código Penal	125
4.7.1. Emprego de violência contra a pessoa ou grave ameaça	125
4.7.2. Uso de explosivo ou substância inflamável, salvo se o fato constituir crime mais grave	125
4.7.3. Contra o patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, da sociedade de economia mista ou concessionária de serviço público	125
4.7.4. Motivo egoístico ou se resulta prejuízo considerável à vítima	125
4.8. Ação Penal – Art. 167 do Código Penal	125
MÓDULO XVIII	126
1. APROPRIAÇÃO INDÉBITA - ART. 168 do CP	126
1.1. Requisitos	126
1.2. Observações Gerais	126
1.3. Causas de Aumento de Pena - Art. 168, § 1.º, do CP	127
1.4. Apropriação de Coisa Haverida Por Erro (<i>caput</i>) - Art. 169 do CP	127
1.4.1. Extorsão – estelionato – apropriação de coisa haverida por erro	127
1.5. Apropriação de Coisa Achada - Art. 169, par. ún., II, do CP	128
2. ESTELIONATO – ART. 171 do CP	128
2.1. Sujeito Ativo	128
2.2. Sujeito Passivo	128
2.3. Objetivo da Fraude	128
2.4. Consumação	128
2.5. Tentativa	129
2.6. Observações	129
2.7. Privilégio – Art. 171, § 1.º, do CP	129
2.7.1. Requisitos	129
2.8. Disposição de Coisa Alheia Como Própria – Art. 171, § 2.º, I, do CP	130
2.9. Alienação ou Oneração Fraudulenta de Coisa Própria – Art. 171, § 2.º, II, do CP	130
2.10. Defraudação de Penhor – Art. 171, § 2.º, III, do CP	130
2.11. Fraude na Entrega de Coisa	130
2.12. Fraude para Recebimento de Indenização ou Valor de Seguro – Art. 171, § 2.º, V, do CP	130
2.13. Fraude no Pagamento por Meio de Cheque – Art. 171, § 2.º, VI, do CP	131
2.13.2. Tentativa	131
2.13.3. Observação	132
2.14. Art. 171, § 3.º, do CP – Causa de aumento de pena	132
3. RECEPÇÃO – ART. 180 do CP	132
3.1. Art. 180, § 4.º, do CP	132
3.2. Sujeito Ativo	133
3.3. Sujeito Passivo	133

3.4. Objeto Material	133
3.5. Receptação Dolosa Simples – art. 180, <i>caput</i> , do CP	133
3.5.1. Receptação própria – art.180, <i>caput</i> , 1. ^a parte, do CP	133
3.5.2. Consumação	134
3.5.3. Tentativa	134
3.5.4. Elemento subjetivo	134
3.5.5. Receptação imprópria – art. 180, <i>caput</i> , 2. ^a parte, do CP	134
3.5.6. Consumação	134
3.6. Causa de Aumento – Art. 180, § 6.º, do CP	134
3.7. Receptação Qualificada – art. 180, § 1.º, CP	134
3.8. Art. 180, § 2.º, do CP	135
3.9. Receptação Culposa – Art. 180, § 3.º, do CP	135
3.9.1. Consumação	135
3.10. Art. 180, § 5.º, do CP	135
4. DISPOSIÇÕES GERAIS	136
4.1. Imunidades Absolutas – Art. 181 do CP	136
4.1.1. Hipóteses legais	136
4.2. Imunidades Relativas – Art. 182 do CP	136
4.2.1. Hipóteses legais	136
4.3. Art. 183 do CP	136
MÓDULO XIX	137
1. ESTUPRO – ART. 213 DO CÓDIGO PENAL	137
1.1. Objetividade Jurídica	137
1.2. Sujeito Ativo	137
1.3. Sujeito Passivo	137
1.4. Elementos Objetivos do Tipo	138
1.5. Elemento Subjetivo do Tipo	138
1.6. Consumação	138
1.7. Tentativa	138
1.8. Assédio Sexual	138
1.9. Concurso de Crimes	139
1.9.1. Estupro e atentado violento ao pudor	139
1.9.2. Estupro e perigo de contágio venéreo	139
1.9.3. Estupro e posse sexual mediante fraude	139
2. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – ART. 214 DO CÓDIGO PENAL	139
2.1. Diferenças entre Estupro e Atentado Violento ao Pudor	139
2.2. Bem Jurídico Tutelado	139
2.3. Sujeito Ativo e Sujeito Passivo	139
2.3.1. Observações	140
2.4. Elemento Subjetivo do Tipo	140
2.5. Consumação e Tentativa	140
MÓDULO XX	141
1. SEDUÇÃO – ARTIGO 217 DO CÓDIGO PENAL	141
1.1. Objeto Jurídico	141
1.2. Sujeito Passivo	141
1.3. Sujeito Ativo	141
1.4. Elementos Objetivos do Tipo	141
1.5. Elemento Subjetivo	141
1.6. Consumação e Tentativa	142
2. CORRUPÇÃO DE MENORES – ARTIGO 218 DO CÓDIGO PENAL	142
2.1. Objeto Jurídico	142
2.2. Sujeito Passivo	142
2.3. Elementos Objetivos do Tipo	142
2.4. Elemento Subjetivo do Tipo	143

2.5. Consumação	143
2.6. Tentativa	143
3. RAPTO VIOLENTO OU MEDIANTE FRAUDE – ARTIGO 219 DO CÓDIGO PENAL	143
3.1. Objeto Jurídico	143
3.2. Sujeito Passivo	143
3.3. Sujeito Ativo	143
3.4. Elementos Objetivos do Tipo	143
3.5. Meios de Execução	143
3.6. Elementos Subjetivos do Tipo	144
3.7. Consumação	144
3.8. Tentativa	144
4. RAPTO CONSENSUAL – ARTIGO 220 DO CÓDIGO PENAL	144
4.1. Objetos Jurídicos	144
5. RAPTO PRIVILEGIADO – ARTIGO 221 DO CÓDIGO PENAL	144
6. DISPOSIÇÕES GERAIS DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES	144
6.1. Formas Qualificadas – Artigo 223 do Código Penal	144
6.2. Presunção de Violência – Artigo 224 do Código Penal	146
6.2.1. Menoridade da vítima	146
6.2.2. Deficiência mental da vítima	146
6.2.3. Impossibilidade de resistência da vítima por qualquer outra causa	146
7. AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES – ARTIGO 225 DO CÓDIGO PENAL	146
7.1. Causas de Aumento da Pena – Artigo 226 do Código Penal	147
7.2. Extinção da Punibilidade – Hipóteses	147
8. ATO OBSCENO – ARTIGO 233 DO CÓDIGO PENAL	148
8.1. Objetividade Jurídica	148
8.2. Sujeito Ativo	148
8.3. Sujeito Passivo	148
8.4. Elementos Objetivos do Tipo	148
8.5. Elemento Subjetivo do Tipo	149
8.6. Consumação e Tentativa	149
8.7. Concurso de Crimes	149
MÓDULO XXI	150
1. CRIMES CONTRA A SAÚDE PÚBLICA	150
1.1. Falsificação de Alimentos – Artigo 272 do Código Penal	150
1.1.1. Objetividade jurídica	150
1.1.2. Sujeito ativo	150
1.1.3. Sujeito passivo	150
1.1.4. Condutas típicas	150
1.1.5. Objeto material	151
1.1.6. Elemento subjetivo do tipo	151
1.1.7. Consumação e tentativa	151
1.1.8. Figuras equiparadas	151
1.1.9. Modalidade culposa – § 2.º	151
1.1.10. Crime qualificado pelo resultado	151
1.2. Falsificação de Remédios	152
1.2.1. Objeto material	152
1.2.2. Objetividade jurídica	152
1.2.3. Elementos objetivos do tipo	152
1.2.4. Elemento subjetivo do tipo	152
1.2.5. Consumação e tentativa	152
1.2.6. Condutas equiparadas – § 1.º	152
1.2.7. Crime qualificado pelo resultado	153
2. CRIMES CONTRA A PAZ PÚBLICA	153

2.1. Quadrilha ou Bando – Artigo 288 do Código Penal	153
2.1.1. Objetividade jurídica	153
2.1.2. Sujeito ativo	153
2.1.3. Sujeito passivo	154
2.1.4. Elementos objetivos do tipo	154
2.1.5. Elementos subjetivos do tipo	155
2.1.6. Consumação e tentativa	155
2.1.7. Casuísticas	155
2.1.8. Crime qualificado – Artigo 288, parágrafo único	155
2.1.9. Delação premiada	156
2.1.10. Concurso de crimes	156
2.1.11. Questões polêmicas	156
3. CRIMES CONTRA A FÉ PÚBLICA	157
3.1. Falsificação de Documento Público – Artigo 297 do Código Penal	157
3.1.1. Objetividade jurídica	157
3.1.2. Sujeito ativo	157
3.1.3. Sujeito passivo	157
3.1.4. Elementos objetivos do tipo	157
3.1.5. Requisitos da falsificação	157
3.1.7. Requisitos do documento público	158
3.1.8. Documentos públicos por equiparação	158
3.1.9. Elemento subjetivo do tipo	158
3.1.10. Consumação	158
3.1.11. Tentativa	158
3.2. Concurso de Crimes	159
3.2.1. Falsificação de documento público e estelionato (art. 171 do CP)	159
3.2.2. Falsificação de documento público e uso de documento falso (art. 308 do CP)	159
3.2.3. Falsificação e sonegação fiscal	159
3.2.4. Falsificação de documento público (falsidade material) e falsidade ideológica (art. 801 do CP)	159
4. FALSIDADE DE DOCUMENTO PARTICULAR – ARTIGO 298 DO CÓDIGO PENAL	159
5. FALSIDADE IDEOLÓGICA – ARTIGO 299 DO CÓDIGO PENAL	160
5.1. Objetividade Jurídica	160
5.2. Sujeito Ativo	160
5.3. Sujeito Passivo	160
5.4. Elementos Objetivos do Tipo	160
5.4.1. Diferença entre declaração falsa e diversa da que deveria constar	160
5.5. Requisitos para a Configuração da Falsidade Ideológica Segundo a Jurisprudência	161
5.6. Casuísticas	161
5.7. Elemento Subjetivo do Tipo	161
5.8. Consumação e Tentativa	161
5.9. Formas Qualificadas – Artigo 299, parágrafo único	161
6. USO DE DOCUMENTO FALSO – ARTIGO 304 DO CÓDIGO PENAL	162
6.1. Objetividade Jurídica	162
6.2. Sujeito Ativo	162
6.3. Elementos Objetivos do Tipo	162
6.4. Elemento Subjetivo do Tipo	162
6.5. Consumação e Tentativa	162
7. FALSA IDENTIDADE – ARTIGO 307 DO CÓDIGO PENAL	163
7.1. Objetividade Jurídica	163
7.2. Sujeito Ativo	163
7.3. Sujeito Passivo	163
7.4. Elementos Objetivos do Tipo	163
7.5. Elemento Subjetivo do Tipo	163
7.6. Consumação e Tentativa	164
7.7. Distinção e Concurso de Crimes	164

MÓDULO XXII **165**

1. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA **165**

- 1.1. Espécies 165
- 1.2. Crimes Praticados por Funcionário Público 165
 - 1.2.1. Conceito de funcionário público 165
- 1.3. Causas de Aumento de Pena – Artigo 327, § 2.º, do Código Penal 165
- 1.4. Concurso de Agentes 166

2. PECULATO **166**

- 2.1. Peculato Doloso 166
- 2.2. Peculato Culposos 166
- 2.3. Considerações Gerais Sobre Todos os Tipos de Peculato 166
 - 2.3.1. Objetividade jurídica 166
 - 2.3.2. Sujeito ativo 166
 - 2.3.3. Sujeito passivo 166
- 2.4. Peculato-apropriação 166
 - 2.4.1. Elementos objetivos do tipo 166
 - 2.4.2. Objeto material 167
 - 2.4.3. Consumação 167
 - 2.4.4. Tentativa 167
- 2.5. Peculato-malversação 167
 - 2.5.1. Objeto material 167
- 2.6. Peculato-desvio – Artigo 312, Segunda Parte, do Código Penal 168
 - 2.6.1. Elemento subjetivo do tipo 168
 - 2.6.2. Consumação e tentativa 168

2.7. Peculato-furto – Artigo 312, § 1.º, do Código Penal **168**

- 2.7.1. Consumação e tentativa 168
- 2.8. Peculato Culposos – Artigo 312, § 2.º, do Código Penal 169
 - 2.8.1. Consumação e tentativa 169
 - 2.8.2. Reparação de danos no peculato culposos – Artigo 312, § 3.º, do Código Penal 169
- 2.9. Peculato Mediante Erro de Outrem – Artigo 313 do Código Penal 169
 - 2.9.1. Elemento subjetivo 170
 - 2.9.2. Consumação 170
 - 2.9.3. Tentativa 170
 - 2.9.4. Observação 170

3. CONCUSSÃO – ARTIGO 316 DO CÓDIGO PENAL **170**

- 3.1. Objetividade Jurídica 171
- 3.2. Sujeito Ativo 171
- 3.3. Sujeito Passivo 171
- 3.4. Elementos Objetivos do Tipo 171
- 3.5. Consumação e Tentativa 171

4. CORRUPÇÃO PASSIVA – ARTIGO 317 DO CÓDIGO PENAL **172**

- 4.1. Elementos Objetivos do Tipo 172
- 4.2. Classificação da Corrupção Passiva 172
- 4.3. Consumação e Tentativa 172
- 4.4. Corrupção Passiva Privilegiada – § 2.º 173

5. PREVARICAÇÃO – ARTIGO 319 DO CÓDIGO PENAL **173**

- 5.1. Elementos Objetivos do Tipo 173
- 5.2. Elementos Normativos 173
- 5.3. Consumação e Tentativa 173

MÓDULO XXIII **174**

1. RESISTÊNCIA – ARTIGO 329 DO CÓDIGO PENAL **174**

- 1.1. Objetividade Jurídica 174
- 1.2. Sujeito Ativo 174
- 1.3. Sujeito Passivo 174
- 1.4. Elementos Objetivos do Tipo 174

1.5. Elemento Subjetivo do Tipo _____	174
1.6. Consumação _____	175
1.7. Concurso de Crimes _____	175
2. DESOBEDIÊNCIA – ARTIGO 330 DO CÓDIGO PENAL _____	175
2.1. Objetividade Jurídica _____	175
2.2. Sujeito Ativo _____	175
2.3. Sujeito Passivo _____	175
2.4. Elementos Objetivos do Tipo _____	175
2.5. Consumação _____	176
2.6. Tentativa _____	176
3. DESACATO – ARTIGO 331 DO CÓDIGO PENAL _____	176
3.1. Objetividade Jurídica _____	176
3.2. Sujeito Ativo _____	176
3.3. Sujeito Passivo _____	176
3.4. Elementos Objetivos do Tipo _____	176
3.5. Consumação _____	177
3.6. Tentativa _____	177
3.7. Elemento Subjetivo do Tipo _____	177
4. CORRUPÇÃO ATIVA – ARTIGO 333 DO CÓDIGO PENAL _____	177
4.1. Objetividade Jurídica _____	177
4.2. Sujeito Ativo _____	177
4.3. Sujeito Passivo _____	177
4.4. Elementos Objetivos do Tipo _____	178
4.5. Elemento Subjetivo do Tipo _____	178
4.6. Consumação _____	178
4.7. Tentativa _____	178
5. DENÚNCIAÇÃO CALUNIOSA – ARTIGO 339 DO CÓDIGO PENAL _____	178
5.1. Objetividade Jurídica _____	179
5.2. Sujeito Ativo _____	179
5.3. Sujeito Passivo _____	179
5.4. Elementos Objetivos do Tipo _____	179
5.5. Elemento Subjetivo do Tipo _____	180
5.6. Consumação _____	180
5.7. Tentativa _____	180
5.8. Diferença Entre Denúnciação Caluniosa e Calúnia _____	180
6. COMUNICAÇÃO FALSA DE CRIME OU CONTRAVENÇÃO – ARTIGO 340 DO CÓDIGO PENAL _____	180
6.1. Objetividade Jurídica _____	180
6.2. Sujeito Ativo _____	181
6.3. Sujeito Passivo _____	181
6.4. Elementos Objetivos do Tipo _____	181
6.5. Elemento Subjetivo do Tipo _____	181
6.6. Consumação _____	181
6.7. Tentativa _____	181
6.8. Arrependimento Eficaz _____	181
MÓDULO XXIV _____	182
1. AUTO-ACUSAÇÃO FALSA – ARTIGO 341 DO CÓDIGO PENAL _____	182
1.1. Objetividade Jurídica _____	182
1.2. Sujeito Ativo _____	182
1.3. Sujeito Passivo _____	182
1.4. Elementos Objetivos do Tipo _____	182
1.5. Elemento Subjetivo do Tipo _____	182
1.6. Consumação _____	182
1.7. Tentativa _____	182
2. FALSO TESTEMUNHO OU FALSA PERÍCIA – ARTIGO 342 DO CÓDIGO PENAL _	183

2.1. Objetividade Jurídica	183
2.2. Sujeito Ativo	183
2.3. Sujeito Passivo	184
2.4. Elementos Objetivos do Tipo	184
2.5. Elemento Subjetivo do Tipo	185
2.6. Consumação	185
2.7. Tentativa	185
2.8. Falso Testemunho Qualificado – Artigo 342, § 1.º	185
2.9. Causa de aumento de pena – Artigo 342, § 2.º	185
2.10. Retratação – Artigo 342, § 3.º	185
3. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO – ARTIGO 344	185
3.1. Objetividade Jurídica	186
3.2. Sujeito Ativo	186
3.3. Sujeito Passivo	186
3.4. Elemento Subjetivo do Tipo	186
3.5. Consumação	186
3.6. Tentativa	186
4. EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES – ARTIGO 345 DO CÓDIGO PENAL	186
5. FAVORECIMENTO REAL E PESSOAL	187
5.1. Distinções	187
5.2. Consumação	187
5.3. Tentativa	187
ERRATA	187
MÓDULO I - LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL	189
Drogas	189
Leis n. 6.368/76 e n. 10.409/2002	189
1. INTRODUÇÃO	189
2. FINALIDADES DA LEGISLAÇÃO PENAL CONTRA AS DROGAS QUE CAUSAM DEPENDÊNCIA	189
3. CLASSIFICAÇÃO DAS DROGAS QUE PROVOCAM DEPENDÊNCIA	190
4. APRECIÇÃO PRELIMINAR DA LEI N. 10.409/2002	190
5. LEI N. 10.409/2002 – DISPOSIÇÕES GERAIS	190
5.1. Prevenção	191
5.1.1. Dever de prevenção	191
5.1.2. Convênios	192
5.1.3. O uso da informação	192
5.1.4. Inspeções sanitárias	193
5.1.5. Plantio, cultivo, colheita e exploração de vegetais	193
5.2. Tratamento	194
MÓDULO II	196
Drogas - Lei n. 6.368/76	196
1. DOS CRIMES E DAS PENAS	196
1.1. Artigo 12	196
1.2. Núcleos do Art. 12, <i>caput</i>	196
1.3. Objeto Material do art. 12, <i>caput</i>	197
1.3.1. Artigo 12, <i>caput</i> : norma penal em branco	197
1.3.2. Alteração da portaria	198
1.3.3. Cloreto de etila. Componente do lança-perfume. Resolução n. 104 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária	198

1.3.4. Pequena quantidade de substância	199
1.4. Qualificação Doutrinária do Artigo 12	199
1.5. Objetividade Jurídica	199
1.6. Sujeito Ativo	199
1.7. Sujeito Passivo	199
1.8. Elemento Normativo	200
1.9. Consumação e Tentativa	200
1.10. Flagrante Preparado e Esperado	200
2. FIGURAS ASSEMELHADAS	201
2.1. Artigo 12, § 1.º, inciso I	201
2.2. Artigo 12, § 1.º, inciso II	201
2.3. Artigo 12, § 2.º, inciso I	202
2.4. Artigo 12, § 2.º, inciso II	202
2.5. Artigo 12, § 2.º, inciso III	203
MÓDULO III	204
Drogas	204
Leis n. 6.368/76 e n. 10.409/2002	204
1. ARTIGO 13	204
2. ARTIGO 14	204
3. ARTIGO 15	205
4. ARTIGO 16	205
4.1. Fornecimento de pequena quantidade para uso comum	205
4.2. Plantio para uso próprio	206
4.3. Pequena quantidade de droga apreendida	206
4.4. Consumação	206
4.5. Ação penal e procedimento	206
4.6. Penas Alternativas	207
MÓDULO IV	208
Drogas	208
Leis n. 6.368/76 e n. 10.409/2002	208
1. ARTIGO 17 - VIOLAÇÃO DE SEGREDO	208
2. ARTIGO 18 - CAUSAS DE AUMENTO DE PENA	208
3. ARTIGO 19 – INIMPUTABILIDADE OU SEMI-IMPUTABILIDADE	209
4. CRIMES PREVISTOS NA LEI N. 6.368/76	209
4.1. Procedimento	209
4.1.1. Resumo do procedimento:	210
4.2. Procedimento – Lei n. 10.409/2002	211
MÓDULO V	214
Lei dos Crimes Hediondos – Lei n. 8.072/90	214
1. CRITÉRIO DE CLASSIFICAÇÃO	214
2. O ROL DOS CRIMES HEDIONDOS	214
3. OS CRIMES ASSEMELHADOS AOS HEDIONDOS	215
MÓDULO VI	216
1. CONSEQÜÊNCIAS DA HEDIONDEZ	216
1.1. Art. 2.º, I, da Lei n. 8.072/1990	216
1.2. Art. 2.º, II – Proibição da Concessão de Fiança e Liberdade Provisória	216

1.3. Art. 2.º, § 1.º – Regime de Cumprimento de Pena	216
1.4. Outras Implicações Decorrentes do Regime Integralmente Fechado	217
1.4.1. Livramento condicional	217
1.4.2. Suspensão condicional da pena – sursis	217
1.4.3. Penas alternativas	217
1.4.4. Lei de Tortura (Lei n. 9.455/1997)	217
MÓDULO VII	218
1. CRIMES HEDIONDOS	218
1.1. Art. 7.º – Delação eficaz	218
1.1.1. Pressupostos de delação eficaz	218
1.1.2. Requisitos da delação	218
1.1.3. Efeito da delação	218
1.2. Art. 8.º, par. ún. – Traição Benéfica	218
1.2.1. Pressupostos da traição benéfica	218
1.2.2. Requisitos da traição benéfica	218
1.2.3. Efeito da traição benéfica	218
1.3. Art. 8.º da Lei n. 8.072/90 e o art. 14 da Lei de Antitóxicos	219
1.4. Art. 9.º da Lei n. 8.072/90 – Aumento de Pena	219
MÓDULO VIII	220
1. SONEGAÇÃO FISCAL - Lei n. 8.137/90 – CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA	220
1.1. Competência	221
1.2. Extinção da Punibilidade	221
1.3. Ação Penal	221
1.4. Sujeito Ativo e Passivo	222
1.5. Denúncia	222
1.6. Delação Premiada	222
MÓDULO IX	223
SONEGAÇÃO FISCAL - LEI N. 8.137/90 - CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA	223
1. ART. 1.º	223
2. ART. 2.º	224
3. ART. 3.º	225
3.1. Notas Gerais	225
MÓDULO X	226
Armas de Fogo	226
1. LEI N. 9.437/97	226
2. CONCEITO DE SINARM	226
3. REGISTRO	226
3.1. Conceito	226
3.2. Características do Registro	226
4. PORTE DE ARMA DE FOGO	227
4.1. Conceito	227
4.2. Características	227
4.3. Expedição de Porte	228
4.4. Requisitos para o Porte	228
4.5. Restrições Impostas à Autorização de Porte	228
4.6. Espécies de Porte	228
4.6.1. Porte estadual	228
4.6.2. Porte federal	228

4.6.3. Porte de trânsito ou tráfego	228
4.6.4. Porte funcional	228
MÓDULO XI	230
1. ART. 10 DA LEI N. 9.437/97	230
1.1. Competência	230
1.2. Ação Penal	230
1.3. Objetividade Jurídica	230
1.4. Qualificação Doutrinária	231
1.5. Consumação e Tentativa	231
2. INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO CAPUT DO ARTIGO 10	231
2.1. Núcleos do Tipo	231
2.2. Elemento Normativo do Tipo	232
2.3. Excludentes de Ilícitude	232
2.4. Prova Pericial	232
2.5. Confisco de Arma de Fogo	232
3. O ARTIGO 10, CAPUT, E A LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS	232
MÓDULO XII	233
Lei das Armas de Fogo	233
1. ARTIGO 10, § 1.º	233
1.1. Inciso I	233
1.2. Inciso II	233
1.3. Inciso III	234
2. ARTIGO 10, § 2.º	235
3. ARTIGO 10, § 3.º	235
3.1. Inciso I	235
3.2. Inciso II	236
3.3. Inciso III	236
3.4. Inciso IV	237
4. ARTIGO 10, § 4.º	237
MÓDULO XII	238
Código de Trânsito Brasileiro – Lei n. 9.503/97	238
1. VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO	238
2. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E DA LEI n. 9.099/95	238
3. SUSPENSÃO OU PROIBIÇÃO DE SE OBTER A PERMISSÃO OU A HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR	238
4. MULTA REPARATÓRIA	239
5. CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES	239
MÓDULO XIV	241
Código de Trânsito Brasileiro – Lei n. 9.503/97	241
1. HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL CULPOSOS DE TRÂNSITO	241
1.1. Redação Típica dos Arts. 302 e 303 do Código de Trânsito Brasileiro	241
1.2. Objetividade Jurídica	241
1.3. Qualificação Doutrinária	241
1.4. Sujeito Ativo das Infrações – Arts. 302 e 303	242
1.5. Veículo Automotor	242
1.6. Elemento Espacial do Tipo	242
1.7. Formas da Culpa	242

1.8. Consumação e Tentativa	242
1.9. Sanções Penais	243
1.10. Perdão Judicial	243
1.11. Ação Penal	243
1.12. Competência	243
1.13. Juizados Especiais Criminais	243
1.14. Causas de Aumento de Pena	244
2. OMISSÃO DE SOCORRO	244
2.1. Objetividade Jurídica	244
2.2. Sujeito Ativo	244
2.3. Comportamento Típico	244
2.4. Morte da Vítima	244
2.5. Parágrafo Único do Art. 304	245
2.6. Juizado Especial Criminal	245
3. FUGA DO LOCAL DO ACIDENTE	245
3.1. Objetividade Jurídica	245
3.2. Constitucionalidade do Dispositivo	245
3.3. Comportamento Típico	245
3.4. Elementos Subjetivos	245
MÓDULO XV	246
Código de Trânsito Brasileiro Lei n. 9.503/97	246
1. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE	246
1.1. Derrogação do Art. 34 da Lei das Contravenções Penais	246
1.2. Qualificação Doutrinária do Art. 306	246
1.3. Sujeitos do Delito	246
1.4. O que se Exige para a Configuração do Crime	246
1.5. Prova da Embriaguez	247
1.6. Consumação e Tentativa	247
1.7. Concurso de Crimes	247
1.8. Infração Administrativa Correspondente	247
2. COMPETIÇÃO NÃO AUTORIZADA	247
2.1. Qualificação Doutrinária	248
2.2. Sujeitos	248
2.3. Derrogação do Art. 34 da Lei das Contravenções Penais	248
2.4. Ação Nuclear	248
2.5. Corrida, Disputa ou Competição	248
2.6. Elementos Espacial e Normativo do Tipo	248
2.7. Consumação e Tentativa	248
2.8. Concurso de Crimes	248
2.9. Transação Penal	248
2.10. Infrações Administrativas Correspondentes	249
3. FALTA DE HABILITAÇÃO	249
3.1. Qualificação Doutrinária	249
3.2. Sujeitos	249
3.3. Requisitos do Crime	249
3.4. Derrogação do Art. 32 da Lei das Contravenções Penais	249
3.5. Consumação e Tentativa	250
3.6. Elemento Espacial do Tipo	250
3.7. Elemento Normativo do Tipo	250
3.8. Questões Diversas sobre o Art. 309	250
4. VELOCIDADE INCOMPATÍVEL COM A SEGURANÇA	250
4.1. Infração Administrativa	250
4.2. Velocidades Máximas e Mínimas Permitidas pelo Código de Trânsito Brasileiro	251
4.3. Derrogação do Art. 34 da Lei das Contravenções Penais	251
4.4. Sujeito Ativo	251

4.5. Comportamento Típico	251
4.6. Elemento Espacial do Tipo	251
4.7. Consumação e Tentativa	251
4.8. Juizados Especiais Criminais	251
4.9. Concurso de Crimes	251
5. FRAUDE NA APURAÇÃO DE ACIDENTE DE TRÂNSITO COM VÍTIMA	251
5.1. Art. 347 do Código Penal (Fraude Processual)	252
5.2. Qualificação Doutrinária	252
5.3. Sujeitos do Delito	252
5.4. Consumação e Tentativa	252
5.5. Parágrafo único do Art. 312	252
5.6. Juizados Especiais Criminais	252
MÓDULO XVI	253
Lei das Execuções Penais – Lei n. 7.210/84	253
1. FINALIDADE DA EXECUÇÃO PENAL	253
2. NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO PENAL	253
3. PRINCÍPIOS DA EXECUÇÃO PENAL	253
3.1. Princípio da Jurisdicionalidade ou Judicialidade da Execução Penal	253
3.2. Princípio do Contraditório	253
3.3. Princípio da Personalização da Pena	253
3.4. Princípio da Publicidade	254
3.5. Princípio da Ampla Defesa	254
3.6. Princípio da Igualdade	254
3.7. Princípio do Duplo Grau	254
3.8. Princípio da Legalidade	255
4. COMPETÊNCIA	255
4.1. Regras para Fixação da Competência	255
MÓDULO XVII	256
Execução Penal	256
1. DIREITOS DO CONDENADO	256
2. DEVERES DO CONDENADO	259
3. QUADRO DOS DIREITOS E DEVERES DO CONDENADO	260
4. ÓRGÃOS DA EXECUÇÃO PENAL	261
MÓDULO XVIII	264
Execução das Penas Privativas de Liberdade	264
1. SISTEMA ADOTADO PELA LEI N. 7.210/84	264
2. COMPETÊNCIA DO JUIZ DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS	264
3. GUIA DE RECOLHIMENTO	264
4. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL PARA O CUMPRIMENTO DA PENA	264
5. REGIMES DE CUMPRIMENTO DE PENA	265
5.1. Quadro da Fixação do Regime Inicial	265
5.2. Progressão nos Regimes de Cumprimento de Pena	265
5.2.1. Requisitos para a progressão	265
5.2.2. Progressão “por saltos”	266
5.2.3. Prisão albergue domiciliar (PAD)	266
6. OPERAÇÕES DO JUIZ DAS EXECUÇÕES	266
6.1. Detração	266

6.1.1. Detração na pena privativa de liberdade	266
6.1.2. Detração na pena restritiva de direitos	267
6.1.3. Detração na medida de segurança	267
6.1.4. Detração na multa	267
6.2. Soma das Penas	267
6.3. Unificação das Penas	267
6.3.1. Superveniência de nova condenação	268
6.4. Remição	268
6.4.1. Preso provisório	268
6.4.2. Exigência do efetivo trabalho	268
6.4.3. Remição pelo estudo	268
6.4.4. Perda do tempo remido	269
7. REGRESSÃO NOS REGIMES DE CUMPRIMENTO DE PENA	269
7.1. Requisitos para a Regressão	269
7.1.1. Regressão no regime aberto	269
MÓDULO XIX	270
Cumprimento das Penas Restritivas de Direitos	270
1. INTRODUÇÃO	270
2. CARÁTER SUBSTITUTIVO	270
3. IMPEDEM A SUBSTITUIÇÃO POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS	270
4. REGRAS PARA A SUBSTITUIÇÃO	270
5. CONVERSÃO	270
6. TRÁFICO DE ENTORPECENTES	271
7. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA – SURSIS	271
8. TRANSAÇÃO PENAL	271
9. EXECUÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITO	271
10. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA	272
11. PERDA DE BENS E VALORES	272
12. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE	272
13. INTERDIÇÃO TEMPORÁRIA DE DIREITOS	273
14. LIMITAÇÃO DE FINAL DE SEMANA	273
15. MEDIDA DE SEGURANÇA	274
15.1. Execução da Medida de Segurança	275
16. DO EXAME DE CESSAÇÃO DE PERICULOSIDADE – ART. 175 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL	275
MÓDULO XX	277
Abuso de Autoridade – Lei n. 4.898/65	277
1. NOÇÕES GERAIS	277
1.1. Direito de Representação e Ação Penal	277
1.2. Objetividade Jurídica	278
1.3. Competência	278
1.4. Sujeito Ativo	278
1.5. Sujeitos Passivos	278
2. SANÇÕES	279
3. PROCEDIMENTO	280

MÓDULO XXI	282
Abuso de Autoridade – Lei n. 4.898/65	282
1. FIGURAS PENAIS	282
1.1. Artigo 3.º	282
1.2. Artigo 4.º	285
MÓDULO XXII	288
Contravenção Penal – Decreto-lei n. 3.688/47	288
1. CONTRAVENÇÃO PENAL	288
1.1. Classificação das Infrações Penais	288
1.2. Princípio da Territorialidade	288
1.3. Aplicação das Regras Gerais do Código Penal	288
1.4. Competência	288
1.5. Ação Penal e Procedimento	289
1.6. Dolo e Culpa nas Contravenções Penais	289
1.7. Consumação e Tentativa	289
1.8. Penas	290
1.8.1. Informações suplementares	290
1.9. Reincidência	290
1.10. Suspensão Condicional da Pena	290
MÓDULO XXIII	291
Contravenção Penal – Decreto-lei n. 3.688/47	291
1. CONTRAVENÇÃO PENAL – PARTE ESPECIAL	291
1.1. Vias de Fato	291
1.2. Perturbação do Trabalho ou Sossego Alheios	291
1.3. Jogo do Bicho	292
1.3.1. Resumo dos comportamentos típicos	294
1.4. Importunação Ofensiva ao Pudor	294
1.5. Perturbação da Tranquilidade	295
MÓDULO XXIV	297
Crimes Falimentares	297
1. PREVISÃO LEGAL DOS CRIMES FALIMENTARES	297
2. TEORIAS SOBRE OS CRIMES FALIMENTARES	297
2.1. Teoria da Falência-Crime	297
2.2. Teoria da Dupla Presunção Legal	297
2.3. Teoria da Falência-Condição	297
3. OBJETIVIDADE JURÍDICA DOS CRIMES FALIMENTARES	297
4. CRIMES ANTE E PÓS-FALIMENTARES	297
5. A ZONA DE RISCO PENAL	298
6. QUALIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA DOS CRIMES FALIMENTARES	298
7. UNIDADE OU MULTIPLICIDADE DE CRIMES FALIMENTARES	298
8. SUJEITO ATIVO DOS CRIMES FALIMENTARES	298
9. SUJEITO PASSIVO NOS CRIMES FALIMENTARES	298
10. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO	298
11. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA	299
12. PRESCRIÇÃO DOS CRIMES FALIMENTARES	299

13. O INQUÉRITO JUDICIAL	299
14. COMPETÊNCIA	299
15. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO	300
16. FIGURAS PENAIIS	300
17. DECLARAÇÃO DA FALÊNCIA	301
<i>ALTERAÇÃO</i>	<i>301</i>

MÓDULO I

DIREITO PENAL

1. ART. 1.º DO CP

"Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal."

1.2. Princípio da Legalidade

Previsto também na CF em seu art. 5.º, XXXIX, tem por finalidade servir como garantia política ao cidadão; garantia contendor do poder político- estatal, contra a arbitrariedade. Compreende dois princípios:

1.2.1. Princípio da reserva legal

Não há crime sem lei que o defina nem pena sem cominação legal, ou seja, somente a lei poderá descrever crimes e cominar penas.

a) Aspectos

Formal:

- reserva absoluta da lei (somente a lei poderá veicular matéria penal). Segundo a doutrina dominante, somente a lei, em sua concepção formal e estrita, pode criar tipos e impor penas.;
- taxatividade (necessidade da lei descrever o crime em todos os seus pormenores); proibição da analogia (não é admitida analogia em normas incriminadoras, somente em normas não incriminadoras é admitida a analogia, desde que seja para beneficiar o agente).

Material:

- tipo penal que exerce também uma função seletiva, que consiste em o legislador, por meio do tipo, selecionar, entre todas as condutas humanas, as mais perniciosas à sociedade. Em um tipo penal não pode constar condutas positivas, não perniciosas à sociedade.

b) Princípios

- *Adequação social:* de acordo com este princípio, não podem ser considerados criminosos fatos socialmente adequados, ou seja, as condutas que são aprovadas pela coletividade não podem ser consideradas criminosas pelo legislador. Existem alguns obstáculos: - costume não revoga lei, ou seja, ainda que o costume leve a norma penal ao desuso, ele não poderá revogá-la (art. 2.º da LICC);

- não cabe ao Judiciário avocar para si a função típica do Poder Legislativo.

- *Insignificância:* aplica-se aos chamados "delitos de bagatela". Assenta-se no princípio *de minimis non curat pretor* (o pretor não cuida de crimes insignificantes). O tipo penal cuida do bem jurídico e da proteção do cidadão, portanto, se o delito for incapaz de ofender o bem jurídico, não haverá como enquadrá-lo no tipo. Há, no entanto, que se entender que, nestes casos, apesar do delito ser insignificante, o fato é inadequado à sociedade.
- *Alteridade:* não podem ser punidas condutas puramente internas, que não transcendam a figura do infrator.

1.2.2. Princípio da anterioridade

Não há crime sem lei "anterior" que o defina nem pena sem prévia cominação legal, ou seja, a lei que descreve um crime deve ser anterior ao fato incriminado. A irretroatividade da lei é uma consequência lógica

da anterioridade. A lei penal só poderá alcançar fatos anteriores para beneficiar o réu.

2. IRRETROATIVIDADE

2.1. Art. 2.º, caput, do CP

"Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória."

Lei que revoga um tipo incriminador extingue o direito de punir (*abolitio criminis*). A consequência do *abolitio criminis* é a extinção da punibilidade do agente.

Por beneficiar o agente, o *abolitio criminis* alcança fatos anteriores e será aplicado pelo Juiz do processo, podendo ser aplicado antes do final do processo, levando ao afastamento de quaisquer efeitos da sentença, ou após a condenação transitada em julgado. No caso de já existir condenação transitada em julgado, o *abolitio criminis* causa os seguintes efeitos: a extinção imediata da pena principal e de sua execução, a libertação imediata do condenado preso e extinção dos efeitos penais da sentença condenatória (ex.: reincidência, inscrição no rol dos culpados, pagamento das custas etc.).

Vale lembrar que os efeitos extrapenais, contudo, subsistem, como a perda de cargo público, perda de pátrio poder, perda da habilitação, confisco dos instrumentos do crime etc.

A competência para a aplicação do *abolitio criminis* após o trânsito em julgado é do juízo da execução (Súmula n. 611 do STF: "Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação da lei mais benigna").

2.2. Art. 2.º, par. ún., do CP

"A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado." A lei nova que for mais benéfica retroage em favor do agente.

2.3. Extratividade

É o fenômeno pelo qual a lei produz efeitos fora de seu período de vigência.

Divide-se em duas modalidades: *retroatividade* e *ultratatividade*.

Na retroatividade, a lei retroage aos fatos anteriores à sua entrada em vigor, se houver benefício para o agente; enquanto na ultratividade, a lei produz efeitos mesmo após o término de sua vigência.

2.4. Art. 3.º do CP

"A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência."

As leis acima citadas são auto-revogáveis, ou seja, são exceções à regra de que uma lei se revoga por outra lei. Subdividem-se em duas espécies:

- *leis temporárias*: aquelas que já trazem no seu próprio texto a data de cessação de sua vigência, ou seja, a data do término de vigência já se encontra explícito no texto da lei.
- *leis excepcionais*: aquelas feitas para um período excepcional de anormalidade. São leis criadas para regular um período de instabilidade. Neste caso, a data do término de vigência depende do término do fato para o qual ela foi elaborada.

Estas duas espécies são ultrativas, ainda que prejudiquem o agente (ex.: num surto de febre amarela é criado um crime de omissão de notificação de febre amarela; caso alguém cometa o crime e logo em seguida o surto seja controlado, cessando a vigência da lei, o agente responderá pelo crime). Se não fosse assim, a lei perderia sua força coercitiva, visto que o agente, sabendo qual seria o término da vigência da

lei, poderia retardar o processo para que não fosse apenado pelo crime.

3. ART. 4.º, DO CP

"Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado."

Trata do tempo do crime, ou seja, quando o crime reputa-se praticado. Existem três teorias sobre o tempo do crime:

- *teoria da atividade*: o tempo do crime é o tempo da ação, ou seja, é o tempo que se realiza a ação ou a omissão que vão configurar o crime;
- *teoria do resultado*: o tempo do crime é o tempo que se produz o resultado, sendo irrelevante o tempo da ação;
- *teoria mista ou da ubiquidade*: o tempo do crime será tanto o tempo da ação quanto o tempo do resultado.

A teoria utilizada pelo CP é a *teoria da atividade*. Na teoria da atividade, seja em crime permanente, seja em crime continuado, o agente, em caso de lei nova, responderá sempre de acordo com a última lei vigente, seja ela mais benéfica ou não.

4. CONFLITO APARENTE DE NORMAS

O conflito ocorre quando existir: pluralidade de normas, unidade de fato, aparente aplicação de todas as normas ao mesmo fato e efetiva aplicação de somente uma das normas. O conflito existente não é real, mas sim aparente, tendo em vista que apenas uma das normas será aplicada. Estes conflitos aparentes só poderão ser solucionados por meio da observação de seus princípios, que são os princípios da especialidade, subsidiariedade, consunção e alternatividade.

4.1. Princípio da Especialidade

Lex specialis derogat generali (lei especial derroga a geral). Se houver um conflito entre uma norma especial e uma norma geral, aplica-se a norma especial, tendo em vista que a norma especial contém todos os elementos da norma geral com mais alguns elementos denominados especializantes.

4.2. Princípio da Subsidiariedade

Lex primaria derogat subsidiariae (lei primária derroga a subsidiária). Se houver um conflito entre uma norma mais ampla e uma menos ampla, aplica-se a norma mais ampla, tendo em vista que a norma subsidiária é englobada pela norma primária. Existem duas formas de subsidiariedade:

- *implícita*: não vem expressa no tipo (ex.: constrangimento ilegal é subsidiário do seqüestro);
- *explícita*: vem expressa no tipo (ex.: o crime previsto no art. 132 do CP é subsidiário do disparo de arma de fogo, visto que há no tipo a expressão "se o fato não constitui crime mais grave").

4.3. Princípio da Consunção

Significa consumir, absorver. Um fato mais grave absorve o fato menos grave. Aqui, o conflito não se dá propriamente entre normas, mas sim no fato, tendo em vista ser um mais grave do que o outro. São espécies de consunção a progressão criminosa, *antefactum* não punível, *postfactum* não punível, crime progressivo e crime complexo.

4.3.1. Progressão criminosa

Existe uma pluralidade de fatos e elementos subjetivos e uma progressividade na lesão, ou seja, cada fato será progressivamente mais grave que o outro (ex.: um sujeito tem o dolo de causar uma lesão leve na vítima; após consumado o crime o agente decide causar lesões graves na vítima; logo em seguida o agente

decide matar a vítima consumando o crime. Neste caso, o homicídio absorve as lesões).

4.3.2. Antefactum não punível

É um fato anterior imprescindível para a execução do fato principal (ex.: um sujeito acha uma folha de cheques, falsifica a assinatura e a utiliza para fazer uma compra. Neste caso, a falsificação é um meio necessário para a prática do crime de estelionato e se exaure com ele, ou seja, a falsificação não poderá ser utilizada para a prática de outros crimes. O estelionato absorve a falsificação. Súmula n. 17, STJ: "Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido").

4.3.3. Postfactum não punível

Configura fato posterior irrelevante (ex.: um sujeito furta um objeto e o vende. O fato de o agente ter vendido o bem furtado é irrelevante, tendo em vista que o furto não deixará de ser punido).

4.3.4. Crime progressivo

Existe um elemento subjetivo e uma pluralidade de fatos, ou seja, o crime é composto de vários atos, mas existe sempre a mesma vontade desde o início (ex.: um sujeito tem o dolo de matar a vítima; para isso utiliza-se de um instrumento qualquer que vai causando lesões, desde as leves até as gravíssimas, até chegar à consumação do crime. Neste caso, o homicídio absorve as lesões, mesmo porque o dolo era de matar a vítima).

4.3.5. Crime complexo

Resulta da fusão de dois ou mais crimes (ex.: extorsão mediante seqüestro, estupro qualificado pela morte etc.).

4. Princípio da alternatividade

Ocorre quando houver uma só norma contendo várias condutas, ou seja, várias formas de realização de um crime.

5. ART. 6.º DO CP

"Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado."

Para os crimes de espaço máximo ou à distancia (crimes executados em um país e consumados em outro) foi adotada a teoria da ubiqüidade, ou seja, a competência para o julgamento do fato será de ambos os países.

Para os chamados "delitos plurilocais" (ação se dá em um lugar e o resultado em outro dentro de um mesmo país), foi adotada a teoria do resultado (art. 70 do CPP), ou seja, o foro competente é o foro do local do resultado.

Nas infrações de competência dos Juizados Especiais Criminais, a Lei n. 9.099/95 seguiu a teoria da atividade, ou seja, o foro competente é o da ação.

6. ART. 10 DO CP

"O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum."

Os prazos podem ser de Direito Material ou de Direito Processual, com características distintas, quais sejam:

- *Prazos de Direito Processual (art. 798, § 1.º, do CPP):* não se computa o dia do começo; o primeiro

dia será o primeiro dia útil subsequente ao dia do começo (Súmula n. 310, STF: "Quando a intimação tiver lugar na sexta- feira, ou a publicação com efeito de intimação for feita nesse dia, o prazo judicial terá início na segunda-feira imediata, salvo se não houver expediente, caso em que começará no primeiro dia útil que se seguir"); o prazo prorroga-se até o dia útil seguinte quando terminar em domingo ou feriado; são prazos sujeitos à suspensão e interrupção;

- *Prazos de Direito Material (art. 10 do CP)*: Na sua contagem, computa-se o dia do começo como o primeiro dia, excluindo-se, por consequência, o dia do final; não se prorroga quando termina em domingo ou feriado (o sábado é considerado feriado), ou seja, não segue até o dia útil subsequente. São prazos considerados "fatais"; são prazos não sujeitos à suspensão e interrupção.

6.1. Tipos de Prazo

Todo e qualquer prazo que acarretar a extinção da punibilidade é prazo de direito penal. São eles:

- *prazo decadencial*: é o prazo para que o ofendido ou seu representante legal entre com a queixa ou ofereça a representação. É um prazo de Direito Penal, visto que acarreta a extinção da punibilidade;
- *prazo prescricional*: também é um prazo de Direito Penal, visto que acarreta a extinção da punibilidade;
- *perempção*: é uma sanção processual, ou seja, é uma sanção ao querelante que não dá andamento ao processo (art. 60 do CPP). O prazo de 30 dias para dar andamento ao processo é considerado um prazo de direito penal, visto que o seu decurso acarreta a extinção do processo e, conseqüentemente, a extinção da punibilidade.

MÓDULO II

Teoria Geral do Crime

1. CONCEITO DE CRIME

Existem quatro sistemas para a conceituação de crime:

- Formal.
- Material.
- Formal e material.
- Formal, material e sintomático.

Predominam dois sistemas: o formal e o material.

1.1. Conceito Material de Crime

É a ação ou omissão, imputável a pessoa, lesiva ou perigosa a interesse penalmente protegido, constituída de determinados elementos e eventualmente integrada por certas condições ou acompanhada de determinadas circunstâncias previstas em lei.

Nada mais é que a violação de um bem penalmente protegido.

1.2. Conceito Formal de Crime

Crime é um fato típico e antijurídico. A culpabilidade constitui pressuposto da pena.

2. ANÁLISE E CARACTERES DO CRIME SOB O ASPECTO FORMAL

2.1. Caracteres do Crime sob o Aspecto Formal

Conceituamos o crime como sendo o fato típico e antijurídico. Para que haja crime, é preciso uma conduta humana positiva ou negativa. Nem todo comportamento do homem, porém, constitui delito, em face do princípio da reserva legal. Logo, somente aqueles previstos na lei penal é que podem configurar o delito.

Pode-se dizer, portanto, que o primeiro requisito do crime é o fato típico.

Não basta que o fato seja típico, pois é preciso que seja contrário ao direito: antijurídico. Isto porque, embora o fato seja típico, algumas vezes é considerado lícito (legítima defesa etc.).

Logo, excluída a antijuridicidade, não há crime.

2.2. Fato Típico: Antijuridicidade e Culpabilidade

Fato típico: é o comportamento humano (positivo ou negativo) que provoca um resultado (em regra) e é previsto na lei penal como infração.

2.2.1. Elementos do fato típico

- Conduta humana: dolosa ou culposa.
- Resultado: salvo nos crimes de mera conduta.
- Nexo causal: salvo nos crimes de mera conduta e formais.
- Enquadramento do fato material a uma norma penal.

2.2.2. Antijuridicidade

É a relação de contrariedade entre o fato e o ordenamento jurídico.

2.2.3. Culpabilidade

É a reprovação da ordem jurídica, em face de estar ligado o homem ao fato típico e antijurídico. Não se trata de requisito de crime, funciona como condição de imposição da pena.

2.2.4. Punibilidade

É uma consequência jurídica do crime e não seu elemento constitutivo. Nada mais é que a aplicabilidade da função.

Se a punibilidade fosse requisito do crime, extinta, resultaria a insubsistência do próprio crime, o que não ocorre.

2.3. Requisitos Elementares e Circunstâncias do Crime

Os requisitos do crime são o fato típico e a antijuridicidade. Faltando um destes, não há figura delituosa. Pode-se falar em:

- *Requisitos genéricos*: são o fato típico e a antijuridicidade;
- *Requisitos específicos*: são os elementos, i.e., as várias formas em que os requisitos genéricos se manifestam nas diversas figuras delituosas.

2.4. Circunstâncias

São determinados dados que, agregados à figura típica fundamental, têm a função de aumentar ou diminuir a pena. Vem do latim *circum stare*, que significa estar ao redor. A falta de uma circunstância não faz com que desapareça o crime. **PERGUNTA:** Qual a diferença entre elementar e circunstância? **RESPOSTA:** É preciso estabelecer qual a consequência da "retirada" do elemento do contexto do fato. Quando se trata de distinguir o crime de um comportamento lícito ou de outro delito, é elementar; ao contrário, quando agrava ou atenua a sua gravidade objetiva, aumentando ou atenuando a pena, presente está uma circunstância.

Ausência de uma elementar pode produzir dois efeitos:

- *Atipicidade absoluta*: ocorre quando, excluída a elementar, o sujeito não responde por infração alguma;
- *Atipicidade relativa*: ocorre quando, excluída a elementar, não subsiste o crime do qual se cuida, havendo a desclassificação para outro delito.

Não se pode confundir elementar com circunstância. Aquela interfere na qualidade do crime, esta na quantidade da sanção.

2.5. Crime e Ilícito Civil

Não há diferença substancial entre eles. O ilícito penal é sancionado com pena, enquanto o civil produz sanções civis (indenização etc.).

2.6. Crime e Ilícito Administrativo

Não existe diferença essencial. É a espécie de sanção que permite diferenciação (entre ambos).

2.7. O Crime na Teoria Geral do Direito

O crime é um fato. Dentre os fatos, crime constitui um fato jurídico, pois produz efeitos jurídicos, não sendo,

assim, indiferente ao Direito. Como elemento jurídico, crime é uma ação (ou omissão) humana de efeitos jurídicos involuntários. Nesta categoria, corresponde ao ilícito penal.

2.8. Do Sujeito Ativo do Crime

Sujeito ativo é quem pratica o fato descrito na norma penal incriminadora.

Todo homem possui capacidade para delinquir.

A lei usa de algumas terminologias para se referir ao sujeito ativo, dependendo da fase processual. O Direito Material usa a expressão "agente".

No inquérito policial é "indiciado".

Durante o processo é "réu", "acusado" ou "denunciado".

Na sentença condenatória é "sentenciado", "preso", "condenado", "recluso" ou "detento".

Sob o ponto de vista biopsíquico é "criminoso" ou "delinqüente".

3. DA CAPACIDADE PENAL

3.1. Conceito

É o conjunto das condições exigidas para que o sujeito possa tornar-se titular de direitos ou obrigações no campo de direito penal.

Difere da imputabilidade por se referir ao momento anterior ao crime, enquanto a imputabilidade constitui momento contemporâneo ao delito.

3.2. Da Capacidade Penal das Pessoas Jurídicas

Há algumas teorias que tentam explicar esse assunto. Duas prevalecem:

- *Teoria da ficção*: a pessoa jurídica não tem consciência e vontade própria. É uma ficção legal. Assim, não tem capacidade penal e não pode cometer crime, sendo responsáveis os seus dirigentes;
- *Teoria da realidade (teoria organicista)*: vê na pessoa jurídica um ser geral, tendo vontade própria. Assim, pode ela delinquir.

Com a CF de 1988, inovou-se no sentido de reconhecer a admissão da responsabilidade penal da pessoa jurídica. (arts. 173, § 5.º e 225, § 3.º). A lei ambiental também assim o faz (arts. 3.º e 21 a 24).

3.3. Da Capacidade Especial do Sujeito Ativo

Há crimes que podem ser cometidos por qualquer pessoa. Outros, porém, exigem determinada posição jurídica ou de fato do agente para sua configuração (ex.: funcionário público). Estes últimos recebem denominação de crimes próprios.

O fenômeno da capacidade especial do sujeito ativo se reveste de relevante interesse na questão do concurso de agentes. Assim, embora sejam próprios os crimes de infanticídio e peculato, respondem por eles não somente a mãe ou o funcionário público, mas também o estranho que dele por ventura participe.

Diferentes são os crimes de mão-própria, que são aqueles que somente podem ser praticados pelo autor em pessoa. Ex.: crime de falso testemunho. A diferença entre os *crimes próprios* e os *crimes de mão-própria* reside no fato de que os primeiros podem ser cometidos por pessoas a mando do autor, enquanto nos segundos ninguém os comete por intermédio de outrem. Há, todavia, quem pense diferente. Prevalece a posição defendida por Damásio Evangelista de Jesus.

3.4. Da Capacidade Penal em Face das Normas Permissivas

Em determinados casos de exclusão da pena ou do crime, a lei penal exige capacidade especial do agente. Ex.: aborto só será legal se praticado por médico.

3.5. Do Sujeito Passivo do Crime

3.5.1. Conceito

Sujeito passivo é o titular do interesse, cuja ofensa constitui a essência do crime. Para que seja encontrado, é preciso indagar qual o interesse tutelado pela lei penal incriminadora.

3.5.2. Espécies

- *Sujeito passivo geral, constante ou formal*: é o titular do mandamento proibitivo não observado pelo sujeito ativo – é o Estado).
- *Sujeito passivo eventual, particular, acidental ou material*: é aquele que sofre a lesão do bem jurídico, do qual é titular –é o homem, o Estado, a pessoa jurídica e a coletividade.

Os crimes em que os sujeitos passivos são coletividades destituídas de personalidade jurídica, como a família, o público ou a sociedade, são denominados *vagos*.

3.5.3. Posições do Estado

O Estado pode figurar nas seguintes posições:

- sujeito passivo formal;
- sujeito passivo material;
- sujeito passivo único;
- sujeito passivo junto a outro sujeito passivo.

3.6. A questão do Incapaz, da Pessoa Jurídica, da Morte, dos Animais e Coisas Inanimadas

Todo homem vivo pode ser sujeito passivo material de crime, quaisquer sejam suas condições. Dessa forma, é inegável que o incapaz possa ser sujeito passivo do delito, tais como no infanticídio, homicídio, abandono intelectual etc. Em resumo, o incapaz pode ser sujeito passivo do delito porque é titular de direito, como a vida, a integridade física etc.

Quanto à pessoa jurídica, esta pode ser sujeito passivo do delito, desde que a descrição típica não pressuponha uma pessoa física. Assim, pode ser vítima de furto, dano etc.

Dúvida surge quanto à possibilidade da pessoa jurídica ser sujeito passivo dos crimes contra a honra. Damásio de Jesus entende que a pessoa jurídica não pode ser vítima de calúnia quanto aos crimes comuns, podendo ser sujeito passivo da calúnia quando lhe imputarem a prática de um crime ambiental. Ainda, como não possui honra subjetiva, não pode ser vítima de injúria, podendo ser sujeito passivo da difamação por possuir honra objetiva (reputação, boa fama etc.).

No caso de injúria, pode ocorrer ofensa à honra subjetiva das pessoas que dirigem a empresa.

O morto não pode ser sujeito passivo de delito, pois não é titular de direito, podendo ser objeto material do delito.

O art. 138, § 2.º, do CP dispõe ser punível a calúnia contra os mortos, pois a memória dos mortos reflete na pessoa de seus parentes, que são os sujeitos passivos.

O homem pode ser sujeito passivo mesmo antes de nascer, pois o feto tem direito à vida.

Os animais e coisas inanimadas não podem ser sujeitos passivos de delito, podendo ser objetos materiais. Neste caso, os sujeitos passivos serão seus proprietários, em certos casos a coletividade (art. 64 da LCP).

PERGUNTA: A pessoa pode ser ao mesmo tempo sujeito ativo e passivo do delito, em face de sua própria conduta?

RESPOSTA: Não. O homem não pode cometer crime contra si mesmo. As condutas ofensivas contra a

própria pessoa, quando definidas como crimes, ofendem interesses jurídicos de outros.

Aspecto interessante oferece o crime de rixa, em que os rixosos são, a um tempo, sujeitos passivos e ativos. Não se trata de exceção à regra, pois ele é sujeito ativo em relação a sua própria conduta e sujeito passivo em relação a participação dos outros.

A contravenção no art. 62 do CP (embriaguez) que dispõe: "Apresentar-se publicamente em estado de embriaguez, de modo que cause escândalo ou ponha em perigo a segurança própria ou alheia." O sujeito passivo é o Estado, pois ela se encontra no capítulo das infrações relativas à Polícia de Costumes.

No auto-aborto, a gestante é o sujeito ativo; o feto, o passivo. Ela não é sujeito passivo porque não se pune a autolesão.

3.7. Sujeito Passivo e Prejudicado pelo Crime

Geralmente, confundem-se na mesma pessoa, mas não necessariamente, como no crime de moeda falsa em que o sujeito passivo é o Estado e o prejudicado é a pessoa a quem se entregou a moeda.

Prejudicado é qualquer pessoa a quem o crime haja causado um prejuízo material ou moral.

3.8. Do Objeto do Delito

É aquilo contra ao que se dirige a conduta humana que constitui o delito.

Pode ser:

- *Objeto jurídico*: é o bem ou interesse tutelado pela norma penal;
- *Objeto material*: é a pessoa ou coisa sobre a qual recai a conduta do sujeito ativo.

Às vezes, o sujeito passivo se confunde com o objeto material.

A ausência ou a impropriedade absoluta do objeto material faz surgir a figura do crime impossível ou quase-crime (objeto material imprópria).

Pode haver crime sem objeto material, como no caso do falso testemunho e do ato obsceno.

3.9. Do Título do Delito (*nomen juris*)

É denominação jurídica do crime, que pressupõe todos os seus elementos. Pode ser:

- *Genérico*: quando a incriminação se refere a um gênero de fato, o qual recebe título particular. Ex.: crime contra a vida
- *Específico*: o art. 30, *in fine*, do CP, que trata da comunicabilidade das elementares de natureza subjetiva, só se aplica ao título do crime, não incidindo sobre os tipos privilegiados e qualificados.

MÓDULO III

1. ELEMENTOS DO FATO TÍPICO

1.1. Conduta

Conduta é toda a ação ou omissão humana, consciente e voluntária, voltada a uma finalidade.

A omissão é uma abstenção de movimento, é um não fazer. A ação é um comportamento positivo, é um fazer. A conduta é, portanto, uma exteriorização de um pensamento por meio de uma ação ou uma omissão.

Podem existir condutas ou fatos que se compõem de um único ato, havendo uma coincidência entre ato e fato (unisubsistentes). Em contrapartida, existem fatos ou condutas compostas de diversos atos (plurisubsistentes).

Somente a pessoa pode praticar fato típico, visto que este pressupõe vontade e somente os seres humanos possuem vontade. Quanto à pessoa jurídica, embora haja divergência, grande parte da doutrina sustenta que não poderá praticar o fato típico por não possuir vontade. Hoje, no entanto, em relação aos crimes ambientais e crimes contra a ordem financeira, a pessoa jurídica pode praticar fato típico, sendo possível ser responsabilizada criminalmente.

Não haverá conduta sem vontade. Existem algumas consequências:

- o caso fortuito ou força maior eliminam a vontade, inexistindo a conduta e, por consequência, o fato típico;
- os reflexos não são fato típico, visto não haver vontade;
- a conduta praticada mediante coação moral, ainda que seja irresistível, não exclui a vontade;
- a conduta praticada mediante coação física elimina a vontade.

1.1.1. Conduta omissiva

Existem duas teorias a respeito da omissão:

- *teoria naturalista da omissão*: a omissão é um fazer, é perceptível no mundo natural como algo que muda o estado das coisas, ou seja, a omissão dá causa ao resultado;
- *teoria normativa da omissão*: quem se omite não faz nada e o nada não causa coisa alguma, não tem relevância causal. Excepcionalmente, porém, embora não tendo produzido o resultado, o omitente responderá por ele quando a norma lhe impuser o dever jurídico de agir.

São três as hipóteses de dever jurídico de agir:

- *dever legal*: ocorre quando o agente tiver por lei a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância (ex.: os pais têm o dever legal de cuidar dos filhos; caso aconteça algo com os filhos, os pais responderão por isso);
- *dever do garantidor*: hipótese do agente que, por lei, não tem nenhuma obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, no entanto assume essa obrigação por meio de um contrato (ex.: uma babá contratada para tomar conta de uma criança responderá pelo resultado caso aconteça algo com a criança). O garantidor também pode advir da liberalidade, ou seja, alguém que assume livremente a obrigação, independentemente de contrato;
- *ingerência dentro da norma*: agente que, com seu comportamento anterior, criou o risco para a produção do resultado.

No Direito Penal brasileiro, quando estiver presente qualquer uma dessas hipóteses, o omitente responderá pelo resultado. Não havendo nenhuma dessas hipóteses, o agente responderá apenas pela omissão de socorro.

1.1.2. Espécies de crimes omissivos

Existem duas espécies de crimes omissivos:

- *crime omissivo próprio ou puro*: quando não há dever jurídico de agir. Nesse caso, o omitente responderá por sua própria conduta e não pelo resultado;
- *crime omissivo impróprio, espúrio, promíscuo ou comissivo por omissão*: é uma verdadeira ação que se pratica por meio da omissão, ou seja, quando estiver presente o dever jurídico de agir, a omissão se equipara a uma ação.

1.2. Resultado

Para grande parte da doutrina, não há diferença entre resultado e evento, entretanto se entende que evento é qualquer acontecimento (ex.: um cachorro latindo) e resultado é a consequência de uma conduta humana.

1.2.1. Resultado jurídico

É a consequência jurídica do crime. Todo crime fere o bem jurídico, suscitando consequências nessa ordem, portanto todo crime produz um resultado jurídico.

1.2.2. Resultado Naturalístico

É a modificação que o crime provoca no mundo natural, no mundo concreto (ex.: antes do furto, a vítima tinha posse do seu patrimônio). É possível que um crime exista sem um resultado naturalístico. Existe uma classificação que divide os crimes em três espécies, de acordo com a existência ou não do resultado naturalístico:

- *crimes materiais*: são crimes que somente se consumam com a produção do resultado naturalístico, ou seja, o resultado naturalístico integra o próprio tipo penal, sendo imprescindível para a consumação do crime (ex.: homicídio, furto, seqüestro etc.);
- *crimes formais*: são crimes em que a ocorrência do resultado naturalístico, apesar de admitida, não é relevante, pois se consumam antes desta (ex.: extorsão mediante seqüestro: o resultado naturalístico visado é a diminuição do patrimônio da vítima, a obtenção de vantagem econômica; no entanto, o crime se consuma no momento em que se seqüestra a vítima, independentemente do recebimento ou não do dinheiro);
- *crimes de mera conduta*: o resultado naturalístico é impossível, ou seja, não existe (ex.: crime de desobediência).

1.3. Nexo Causal

É o elo de ligação que se estabelece entre a conduta e o resultado naturalístico. O nexo causal é uma relação ditada pelas leis da causa e do efeito. Dizer que existe nexo causal é dizer que, por meio das leis da física, a conduta provocou o resultado.

1.3.1. Teoria da equivalência dos antecedentes

O Código Penal adotou a teoria da *conditio sine qua non*. Essa teoria prega que toda e qualquer causa que tenha contribuído, ainda que minimamente, para o resultado ingressa na cadeia causal. Não se pode, portanto, desconsiderar como causa nenhum fato, ainda que seja ínfimo para a eclosão do resultado.

A teoria da *conditio sine qua non* não leva a nenhum absurdo punitivo. Estabelece-se um nexos físico, havendo uma relação de causalidade. É necessário, também, fixar o nexo normativo, ou seja, deve haver dolo ou culpa.

O critério da eliminação hipotética pode ser chamado como o critério do “finja que não ocorreu”, ou seja, se o desaparecimento da causa fizer com que desapareça o resultado, significa que a causa não provocou o resultado.

1.3.2. Teoria da imputação objetiva

Essa teoria é adotada por alguns doutrinadores. Segundo ela, não basta a relação causal para que se estabeleça o nexo causal, devendo haver um ingrediente normativo. Para a existência do nexo causal, é necessário que o

agente crie uma condição de risco excepcional. Não basta a pessoa contribuir casualmente para o resultado, deverá haver um risco anormal.

1.3.3. Concausa

É uma causa que concorre paralelamente à conduta, contribuindo para a produção do resultado. A reforma penal de 1984 abandonou totalmente o conceito de concausa. Se foi adotada a teoria da *conditio sine qua non*, não há por que fazer diferenciação entre causa e concausa, tendo em vista que tudo o que acontecer para a produção do resultado será considerado causa.

1.3.4. Espécies de causa

São duas as espécies de causa:

- *causa dependente*: é aquela que se encontra dentro da linha de desdobramento normal da conduta. É aquela que será uma decorrência lógica da conduta, encadeamento causal previsível e esperado. As causas dependentes jamais rompem o nexo causal (ex.: o agente atira na vítima, ocorre a perfuração do tórax, o rompimento de artérias, a hemorragia interna, a morte);
- *causa independente*: é aquela que se encontra fora da linha de desdobramento causal da conduta. É uma consequência imprevisível, inesperada, da conduta. Por essa razão, a causa independente, por si só, poderá produzir o resultado. A causa independente se destaca da conduta, ou seja, não se sabia que, ao praticar a conduta, haveria a causa.

Existem duas espécies de causas independentes:

- *causa absolutamente independente*: além de produzir sozinha o resultado, tem uma origem completamente diversa da conduta, ou seja, ocorreria ainda que a conduta nunca tivesse sido praticada (ex.: o agente planeja a morte da vítima; quando esta está passando, antes de o agente atirar, a vítima sofre um ataque cardíaco e vem a falecer. Independentemente da conduta, o resultado aconteceria);
- *causa relativamente independente*: produz por si só o resultado, contudo se origina da conduta, ou seja, a causa apareceu por conta da conduta e após, inesperadamente, produziu o resultado.

As causas independentes podem atuar antes, depois ou durante a conduta. Quando a causa ocorre antes da conduta, chama-se "preexistente". Quando ocorre ao mesmo tempo que a conduta, chama-se "concomitante". Quando ocorre após a conduta, chama-se "superveniente".

2. TIPICIDADE

O tipo é o modelo descritivo da conduta contido na lei. O tipo legal é composto de elementares e circunstâncias.

2.1. Elementar

Vem de elemento, que é todo componente essencial do tipo sem o qual este desaparece ou se transforma em outra figura típica. Justamente por serem essenciais, os elementos estão sempre no *caput* do tipo incriminador, por isso o *caput* é chamado de tipo fundamental. Existem, no entanto, algumas figuras típicas descritas em parágrafos; essas figuras, chamadas de figuras equiparadas, são as únicas exceções.

2.2. Circunstância

É aquilo que não integra a essência, ou seja, se for retirado, o tipo não deixa de existir. As circunstâncias

estão dispostas em parágrafos (ex.: qualificadoras, privilégios etc.), não servindo para compor a essência do crime, mas sim para influir na pena.

O crime será mais ou menos grave em decorrência da circunstância, entretanto será sempre o mesmo crime (ex.: furto durante o sono noturno; o sono é circunstância, tendo em vista que, se não houver, ainda assim existirá o furto).

2.3. Espécies de Elemento

São três as espécies de elemento:

- *elementos objetivos ou descritivos*: são aqueles cujo significado depende de mera observação. Para saber o que quer dizer um elemento objetivo, o sujeito não precisa fazer interpretação. Todos os verbos do tipo constituem elementos objetivos (ex.: matar, falsificar etc.). São aqueles que independem de juízo de valor, existem concretamente no mundo (ex.: mulher, coisa móvel, filho etc.). Se um tipo penal possui somente elementos objetivos, ele oferece segurança máxima ao cidadão, visto que, qualquer que seja o aplicador da lei, a interpretação será a mesma. São chamados de tipo normal, pois é normal o tipo penal que ofereça segurança máxima;
- *elementos subjetivos*: compõem-se da finalidade especial do agente exigida pelo tipo penal. Determinados tipos não se satisfazem com a mera vontade de realizar o verbo. Existirá elemento de ordem subjetiva sempre que houver no tipo as expressões "com a finalidade de", "para o fim de" etc. (ex.: rapto com fim libidinoso etc.). O elemento subjetivo será sempre essa finalidade especial que a lei exige. Não confundir o elemento subjetivo do tipo com o elemento subjetivo do injusto, que é a consciência do caráter inadequado do fato, a consciência da ilicitude;
- *elementos normativos*: é exatamente o oposto do elemento objetivo. É aquele que depende de interpretação para se extrair o significado, ou seja, é necessário um juízo de valor sobre o elemento. São elementos que trazem possibilidade de interpretações equívocas, divergentes, oferecendo um certo grau de insegurança. São chamados de tipos anormais porque possuem grau de incerteza, insegurança.

Existem duas espécies de elementos normativos:

- *elemento normativo jurídico*: é aquele que depende de interpretação jurídica (ex.: funcionário público, documento etc.);
- *elemento normativo extrajurídico ou moral*: é aquele que depende de interpretação não jurídica (ex.: mulher "honesta").

MÓDULO IV

1. TIPO PENAL

1.1. Conceito e Importância do Tipo

O tipo legal é um dos postulados básicos do princípio da reserva legal. A CF consagra expressamente que *"não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal"* (art. 5.º, inc. XXXIX), deixando à lei a tarefa de definir, descrever, os crimes.

Importante destacar a teoria do tipo, concebida no ano de 1907, por Ernest Beling, segundo a qual o tipo legal realiza e garante o princípio da reserva legal. Consiste na descrição abstrata da conduta humana feita, pormenorizadamente, pela lei penal e correspondente a um fato criminoso – também chamado de tipo incriminador. O tipo é, então, um molde criado pela lei, em que está descrito o crime com todos os seus elementos, sendo que alguém cometerá um delito se realizar uma conduta idêntica à constante no modelo legal.

O conceito de tipo é expresso pelo Professor Fernando Capez como *"o modelo descritivo das condutas humanas criminosas, criado pela lei penal, com a função de garantia do direito de liberdade"*.

1.2. Da Adequação Típica e suas Formas

Adequação típica é o enquadramento do fato ocorrido concretamente ao tipo legal. Trata-se de conceito idêntico ao de tipicidade.

Alguns doutrinadores, porém, diferenciam, considerando a tipicidade mera correspondência formal entre o fato humano e o que está descrito no tipo, enquanto a adequação típica implica um exame mais aprofundado do que a simples correspondência objetiva, investiga-se se houve vontade, para só então efetuar o enquadramento.

- *Adequação típica de subordinação imediata:* é o ajuste integral, perfeito entre a conduta e o tipo legal, sem que para a sua subsunção se exija o concurso de qualquer outra norma.
- *Adequação típica de subordinação mediata ampliada ou por extensão:* o fato não se enquadra imediatamente na norma penal incriminadora, exige para isto o concurso de outra disposição, p. ex., tentativa (art. 14, inc. II, CP) e concurso de agentes (art. 29) – há necessidade de se combinar a norma contida na Parte Geral com o dispositivo da Parte Especial para que ocorra a exata modelagem da conduta à norma.

As normas que ampliam o tipo penal funcionam como um elo, evitando que o fato fique sem enquadramento típico – são também chamadas de norma de extensão ou ampliação da figura típica.

No caso da tentativa, a extensão ocorre no tempo, pois o modelo descritivo alcança o fato momentos antes de sua consumação – a conduta só deveria subsumir-se no tipo penal com a consumação, mas a norma que trata da tentativa faz com que retroceda no tempo e alcance o fato antes de sua realização completa. É norma de extensão ou ampliação *temporal* da figura típica.

No caso da participação, também não ocorre correspondência entre o fato e o tipo, pois o partícipe é aquele que não pratica o núcleo descrito na norma, decorrendo daí a impossibilidade de adequação direta. O art. 29, do CP liga a conduta do partícipe ao modelo legal. A extensão opera-se de uma pessoa (autor principal) para outra (partícipe), denominando-se norma de extensão ou ampliação *espacial* da figura típica.

1.3. Elementos do Tipo

- *Núcleo:* designado por um verbo, p. ex., matar, subtrair, constranger, expor etc.
- *Sujeito ativo, em alguns casos:* mãe, funcionário público etc.
- *Sujeito passivo:* alguém, recém-nascido etc.
- *Objeto material:* coisa alheia móvel, documento etc. No homicídio, confunde-se com o próprio

sujeito passivo ("alguém" é objeto material e sujeito passivo).

- *Referências ao lugar, tempo, ocasião, modo de execução, meios empregados e, em alguns casos, ao fim especial visado pelo agente:* durante o repouso noturno, com emprego de veneno, para obter vantagem ilícita etc.

2. DOLO

2.1. Conceito

Existem três teorias que falam sobre o conceito de dolo:

- *teoria da vontade:* dolo é a consciência e a vontade de praticar a conduta e atingir o resultado. É quando o agente quer o resultado;
- *teoria do assentimento ou da aceitação:* dolo é a vontade de praticar a conduta com a aceitação dos riscos de produzir o resultado. O agente não quer, mas não se importa com o resultado;
- *teoria da representação ou da previsão:* dolo é a previsão do resultado. Para que haja dolo, basta o agente prever o resultado.

O Código Penal adotou as teorias da vontade e do assentimento: "Dolo é a consciência da vontade ou a aceitação do risco de produzir o resultado" (art. 18, I, do CP).

2.2. Espécies de Dolo

2.2.1. Dolo natural

Para os finalistas, dolo é simplesmente "querer"; é a vontade, não importando a consciência da ilicitude. É uma manifestação psicológica, não havendo juízo de valor.

2.2.2. Dolo normativo

É aquele formado pela consciência da ilicitude do ato. Para os clássicos, o dolo depende de um juízo de valor. Integra a culpabilidade e tem como elementos a vontade e a consciência da ilicitude (componente normativo).

2.2.3. Dolo genérico

É a vontade de realizar o verbo do tipo sem qualquer finalidade especial.

2.2.4. Dolo específico

É a vontade de realizar o verbo do tipo com uma finalidade especial. Sempre que o tipo tiver um elemento subjetivo, haverá a necessidade do dolo específico.

2.2.5. Dolo de perigo

É a vontade de expor o bem a uma situação de perigo de dano. O perigo pode ser concreto ou abstrato. Quando o perigo for concreto, é necessária a efetiva comprovação de que o bem jurídico ficou exposto a uma real situação de perigo (ex.: crime do art. 132 do CP). O perigo abstrato, também conhecido como presumido, é aquele em que basta a prática da conduta para que a lei presuma o perigo (ex.: art. 10 da Lei de Arma de Fogo). Os Professores Damásio de Jesus e Luiz Flávio Gomes sustentam que os crimes de perigo abstrato não existem mais na ordem jurídica.

2.2.6. Dolo de dano

Existe quando a vontade é de produzir uma efetiva lesão ao bem jurídico. Quase todos os crimes são de dolo de dano (ex.: furto, crimes contra a honra etc.).

2.2.7. Dolo direto

Existe quando o agente quer produzir o resultado, é o dolo da teoria do resultado.

2.2.8. Dolo indireto

É aquele que existe quando o agente não quer produzir diretamente o resultado. Subdivide-se em:

- *eventual*: quando o agente não quer produzir o resultado, mas aceita o risco de produzi-lo;
- *alternativo*: quando o agente quer produzir um ou outro resultado.

2.2.9. Dolo geral ou erro sucessivo

Conhecido como erro sobre o nexo causal ou *aberratio causae*; ocorre quando o agente, na suposição de já ter consumado o crime, reinicia a sua atividade criminosa, e só então atinge a consumação (ex.: "A" quer matar "B" por envenenamento; após o envenenamento, supondo que "B" já estava morto, "A" joga o que imagina ser um suposto cadáver no rio e "B" acaba morrendo por afogamento; nesse caso, o erro é irrelevante, o que vale é a intenção do agente, que responderá por homicídio doloso por envenenamento).

3. CULPA

3.1. Tipo Aberto

O tipo culposo é um tipo aberto, visto que, em regra, não há descrição da conduta, o legislador apenas a menciona, sem descrevê-la. Isso ocorre em razão de serem infinitas as situações e, caso o legislador enumerasse as condutas culposas, poderia o bem jurídico ficar sem proteção. Compara-se a conduta do agente, no caso concreto, com a conduta de uma pessoa de prudência mediana. Se a conduta do agente se afastar dessa prudência, haverá a culpa. Será feita uma valoração para verificar a existência da culpa.

3.2. Excepcionalidade da Culpa

Só há culpa quando há previsão expressa na lei, ou seja, se a lei se omitir, presume-se que não se poderá punir a título de culpa (art. 18, par. ún., do CP).

3.3. Compensação de Culpas

Não existe compensação de culpas. O fato de a vítima ter agido também com culpa não impede que o agente responda pela sua conduta culposa.

Somente nos casos em que existir culpa exclusiva da vítima haverá exclusão da culpa do agente.

3.4. Graus de Culpa

Na pena abstrata, não há diferença. Na dosagem da pena, na primeira fase de sua fixação, é levado em conta o grau da culpa. São três: grave, leve e levíssima.

3.5. Participação no Crime Culposo

Parte da doutrina sustenta a impossibilidade de participação no crime culposo, visto que a participação é uma conduta acessória e no crime culposo não há descrição da conduta, portanto não se pode distinguir a conduta principal da conduta acessória. Existe, então, a co-autoria, visto que todas as condutas serão principais.

A outra parte da doutrina sustenta que existe a participação. Quando o agente pratica o verbo do crime será a conduta principal.

Majoritariamente, a 1.^a posição é sustentada, visto que a culpa é um tipo aberto, não possuindo, por esse

motivo, conduta principal distinta de secundária.

3.6. Espécies de Culpa

3.6.1. Culpa inconsciente ou sem previsão

É aquela em que o agente não prevê o resultado previsível.

3.6.2. Culpa consciente ou com previsão

Quando o agente prevê o resultado, que era previsível. Não se pode confundir a culpa consciente com o dolo eventual. Tanto na culpa consciente quanto no dolo eventual o agente prevê o resultado, entretanto na culpa consciente o agente não aceita o resultado, e no dolo eventual o agente aceita o resultado.

3.6.3. Culpa indireta ou mediata

Ocorre quando o agente produz um resultado e em virtude deste produz um segundo resultado (ex.: o assaltante aponta uma arma a um motorista que está parado no sinal; o motorista, assustado, foge do carro e acaba sendo atropelado).

3.6.4. Culpa imprópria

Também chamada de culpa por extensão, por assimilação, por equiparação ou discriminante putativa por erro de tipo inescusável. Será estudada em erro de tipo.

3.7. Elementos do Fato Típico Culposo

São elementos do fato típico culposo:

- conduta voluntária;
- resultado naturalístico involuntário;
- nexa causal;
- tipicidade;
- previsibilidade objetiva: é a possibilidade de qualquer pessoa ter previsto o resultado; o que se leva em conta é se o resultado era ou não previsível para uma pessoa de prudência mediana, e não a capacidade do agente de prever o resultado;
- ausência de previsão: não prever o previsível. Só haverá na culpa inconsciente, visto que na culpa consciente há previsão;
- quebra do dever objetivo de cuidado: é o dever de cuidar imposto a todos. Existem três maneiras de violar o dever objetivo de cuidar. São as três modalidades de culpa.

3.8. Modalidades de Culpa

3.8.1. Imprudência

Prática de um fato criminoso. É a culpa de quem age (ex.: passar no farol fechado). Ocorre durante a ação.

3.8.2. Negligência

É a culpa de quem se omite. É a falta de cuidado antes de começar a agir. Ocorre sempre antes da ação (ex.: não verificar os freios do automóvel antes de colocá-lo em movimento).

3.8.3. Imperícia

É a falta de habilidade no exercício de uma profissão ou atividade. No caso de exercício de profissão, se, além de haver a falta de habilidade, não for observada uma regra técnica específica da profissão, haverá a imperícia qualificada. Difere-se a imperícia do erro médico visto que este não decorre somente da imperícia, podendo decorrer também de imprudência ou negligência.

4. PRETERDOLO

Antecedente	Consequente	
DOLO	DOLO	O agente pratica o crime com dolo e depois acrescenta ao crime um resultado também doloso (ex.: latrocínio – há dolo na prática do roubo e dolo na morte da vítima).
CULPA	DOLO	O agente pratica o crime com culpa e depois acrescenta ao crime um resultado doloso (ex.: o agente atropela a vítima culposamente e, após, foge, omitindo-se de socorrer a vítima).
DOLO	CULPA	O agente pratica o crime com dolo e depois acrescenta ao crime um resultado culposos (ex.: o agente desfere um soco na vítima, que cai, batendo a cabeça e vindo a falecer).

Crime qualificado pelo resultado é aquele em que o legislador, após definir um crime completo e acabado, com todos os seus elementos (fato antecedente), acrescenta-lhe um resultado (fato consequente). Esse resultado não é necessário para a consumação, visto que já houve a consumação no fato antecedente; ele tem por função agravar a sanção penal.

O crime preterdoloso é uma espécie do gênero crime qualificado pelo resultado. Ocorre quando há dolo no fato antecedente e culpa no fato consequente. Não cabe tentativa no crime preterdoloso, tendo em vista que o resultado é produzido por culpa e não se pode haver tentativa daquilo que não se quer produzir.

5. ERRO DE TIPO

O erro de tipo é aquele que incide sobre um dado da realidade, descrito em um tipo penal como:

- elementar de um tipo incriminador;
- circunstância de um tipo incriminador;
- elementar de um tipo permissivo;
- dado irrelevante da figura típica.

O erro de tipo pode ser de duas espécies:

- *essencial*: é um erro tão importante que impede o agente de saber que está cometendo um crime ou de conhecer a circunstância desse crime;
- *acidental*: é um erro irrelevante que não impede o agente de saber que pratica um crime.

5.1. Erro Sobre Elementar de Tipo Incriminador

O sujeito se equivoca com uma situação de fato. Nesse caso, o erro de tipo sempre exclui o dolo e, se inevitável, também exclui a culpa, tornando o fato atípico. Caso o erro seja evitável, haverá a forma culposa.

Por exemplo, um sujeito pega uma caneta, idêntica à sua, que, entretanto, era de outra pessoa. Há um equívoco sobre a realidade impedindo que o sujeito tenha consciência de que está praticando um crime (furto).

5.2. Erro Sobre Circunstância

O sujeito se equivoca com uma circunstância. Por exemplo, furta um relógio pensando ser de ouro; quando chega ao receptor, percebe que o relógio não tinha valor. Nesse caso, o sujeito responde por furto simples, não tendo sua pena diminuída visto que furtou o relógio pensando que este tinha valor.

5.3. Erro Sobre Elementar de Tipo Permissivo

É um erro sobre discriminante. O erro de tipo, nesse caso, é uma discriminante putativa ou imaginária. É causa da exclusão da ilicitude imaginada por erro. Sempre que um erro incidir sobre a realidade, haverá erro sobre elemento de tipo permissivo. Por exemplo, um sujeito percebe seu inimigo mexendo no bolso e acredita que ele tem uma arma; o sujeito mata o inimigo, que somente portava um lenço (erro de apreciação dos fatos da realidade).

5.4. Consequências do Erro de Tipo

O erro de tipo sempre exclui o dolo. Se o erro for inevitável, a culpa também será excluída. Se o erro é evitável, o agente responde por crime culposos. Quando o crime não admite a forma culposa, o erro de tipo, excluindo o dolo, torna o fato atípico, não havendo necessidade de se indagar se o erro era inevitável ou não.

5.5. Erro de Tipo Acidental

É aquele que incide sobre dados irrelevantes da figura típica, portanto não traz nenhuma consequência para o fato típico. São modalidades de erro de tipo acidental:

a) Erro sobre o objeto ou coisa

Por exemplo: o sujeito quer furtar um saco de feijão e, por engano, furta um saco de arroz. O crime continua sendo de furto, não havendo consequências.

b) Erro sobre a pessoa

Por exemplo: o sujeito deseja matar "A" e, por uma confusão mental, acaba matando "B" (olhou "B" achando que era "A"). O crime continua sendo de homicídio. O sujeito responderá pelo crime como se a vítima efetiva "B" fosse a vítima virtual "A", ou seja, responderá pelo crime como se tivesse matado "A".

c) Erro na execução do crime (aberratio ictus)

Neste caso, o agente, em virtude de um erro na execução do crime, atinge pessoa diversa da pretendida. Não há erro na representação mental e sim na execução do crime (ex.: o agente quer matar "A", mira nele, entretanto erra o tiro, acertando "B"). Existem duas espécies de *aberratio ictus*:

- *aberratio ictus* com resultado único ou com unidade simples: somente o terceiro é atingido (terceiro inocente ou vítima efetiva). Nesse caso, o agente responderá pelo crime como se tivesse matado a vítima virtual;
- *aberratio ictus* com resultado duplo ou com unidade complexa: nesse caso, o agente atinge o alvo querido, mas também o não querido, ou seja, são atingidos a vítima pretendida e o terceiro inocente. Aplica-se a regra do concurso formal perfeito. O agente responderá, quanto à vítima pretendida, por homicídio doloso e, quanto ao terceiro, por homicídio culposos.

d) Erro na execução com resultado diverso do pretendido (aberratio delicti)

Nesse caso, varia o bem jurídico pretendido, ou seja, o sujeito quer atingir um bem jurídico e atinge outro.

Há duas espécies de *aberratio delicti*:

- *aberratio delicti* com unidade simples (resultado único): só é produzido o crime diverso. O agente somente responde pelo crime diverso a título de culpa.
- *aberratio delicti* com unidade complexa (resultado duplo): atinge o bem pretendido e o bem diverso. O agente responde por concurso formal (dolo no pretendido e culpa no diverso).

e) Dolo geral ou erro sucessivo ou erro sobre o nexo causal (aberratio causae)

Ocorre quando o agente, na suposição de já ter consumado o crime, pratica o que imagina ser mero exaurimento e nesse instante atinge a consumação (vide exemplo do item 2.2.9.).

MÓDULO V

1. CRIME CONSUMADO

Iter criminis é o itinerário do crime. A doutrina mais tradicional aponta quatro fases diferentes no caminho do crime:

- *cogitação*: nesta fase, o agente somente está pensando, pretendendo a prática do crime. Não existe fato típico;
- *preparação*: é a prática de todos os atos antecedentes necessários ao início da execução. Não existe fato típico;
- *execução*: começa a agressão ao bem jurídico. Nesse momento, passa a existir o fato típico;
- *consumação*: quando todos os elementos do fato típico são realizados.

A execução do crime começa com a prática do primeiro ato idôneo e inequívoco à consumação. Ato idôneo é o capaz de produzir o resultado e ato inequívoco é o que, fora de qualquer dúvida, induz ao resultado. A execução está ligada ao verbo de cada tipo. Quando o agente começa a praticar o verbo do tipo, inicia-se a execução.

2. TENTATIVA

É a não consumação de um crime, cuja execução foi iniciada por circunstâncias alheias à vontade do agente.

2.1. Aplicação da Pena

A tentativa é punida com a mesma pena do crime consumado, reduzida de $\frac{1}{3}$ a $\frac{2}{3}$. O critério para essa redução é a proximidade do momento consumativo, ou seja, quanto mais próximo chegar da consumação, maior será a pena.

2.2. Espécies de Tentativa

2.2.1. Tentativa imperfeita ou inacabada

Ocorre quando a execução do crime é interrompida por circunstâncias alheias à vontade do agente.

2.2.2. Tentativa perfeita ou acabada

Mais conhecida como "crime falho". Ocorre quando a execução do crime se encerra, o agente executa o crime até o final, mas o resultado não se produz por circunstâncias alheias à sua vontade.

2.2.3. Tentativa branca

Classificação para os crimes contra a pessoa, ocorre quando a vítima não é atingida.

2.2.4. Tentativa cruenta

Classificação para os crimes contra a pessoa, ocorre quando a vítima é atingida.

2.3. Infrações que Não Admitem Tentativa

2.3.1. Crimes culposos e crimes preterdolosos

Se o sujeito não quer o resultado, não há que se falar em tentativa.

2.3.2. Crimes omissivos próprios

No caso, omite-se ou não, não havendo que se falar em tentativa.

2.3.3. Contravenção penal

Conforme texto expresso da Lei de Contravenções Penais.

2.3.4. Delitos de atentado

São os crimes em que a lei pune a tentativa como se fosse consumado delito.

2.3.5. Crimes habituais

Isso porque tais crimes exigem, para configuração do resultado, o cometimento de conduta típica anterior; logo, com a realização da segunda conduta, já se caracteriza o delito.

2.4. Tentativa Abandonada ou Qualificada

Ocorre quando, iniciada a execução, o resultado não se produz por interferência da vontade do próprio agente. Comporta duas espécies:

2.4.1. Desistência voluntária

O agente desiste de prosseguir na execução, ou seja, ele mesmo, voluntariamente, interrompe a execução. Não há que se falar em desistência voluntária em crime unissubsistente, visto que este é composto de um único ato.

2.4.2. Arrependimento eficaz

O agente executa o crime até o último ato, esgotando-os, e logo após se arrepende, impedindo o resultado. Ocorre somente nos crimes materiais que se consumam com o resultado naturalístico.

A desistência ou arrependimento não precisam ser espontâneos, devendo ser voluntários, ou seja, desde que sejam voluntários, poderão ser provocados por terceiros e terão plena validade. A tentativa abandonada exclui a aplicação da pena por tentativa, ou seja, o agente responderá somente pelos atos até então praticados.

2.5. Tentativa Inidônea ou Inadequada

Também chamada de “quase crime” ou “crime impossível”, ocorre quando a consumação é, desde o início, impossível, portanto, o fato é atípico. A impossibilidade da consumação pode derivar de ineficácia absoluta do meio ou impropriedade absoluta do objeto.

A consequência do crime impossível é o fato ser atípico. A teoria utilizada no crime impossível é a Teoria Objetiva Temperada, ou seja, o agente não responde porque o bem jurídico não ficou exposto a perigo.

2.5.1. Ineficácia absoluta do meio

O meio empregado jamais poderá levar à consumação do crime. A ineficácia do meio deve ser absoluta, não podendo ser relativa (ex.: arma totalmente inapta a produzir disparos utilizada num homicídio). Deve-se lembrar, entretanto, que essa ineficácia pode ser considerada para um crime e para outro não (ex.: num crime de roubo, uma arma totalmente inapta a produzir disparos pode ser utilizada para intimidar a vítima).

2.5.2 Impropriedade absoluta do objeto

A pessoa ou a coisa sobre a qual recai a conduta jamais poderia ser alvo do crime (ex.: matar alguém que já está morto).

3. ARREPENDIMENTO POSTERIOR

Ocorre após a consumação do crime. É uma causa obrigatória de redução de pena. O crime já está consumado e o agente responderá pelo crime consumado com uma diminuição de pena de $\frac{1}{3}$ a $\frac{2}{3}$.

3.1. Requisitos

- Só cabe em crime cometido sem violência ou grave ameaça contra a pessoa. Visa o legislador dar oportunidade ao agente, que pratica crime contra o patrimônio sem violência ou grave ameaça, de reparar o dano ou restituir a coisa. É cabível no homicídio culposo, visto que a violência de que a lei fala é a violência dolosa.
- Reparação do dano ou restituição da coisa (deve ser integral).
- Por ato voluntário do agente. Não há necessidade de ser ato espontâneo, podendo haver influência de terceira pessoa.
- O arrependimento posterior só pode ocorrer até o recebimento da denúncia ou queixa. Após o recebimento da denúncia ou queixa, a reparação do dano será somente atenuante genérica.

3.2. Critérios para Aplicação da Redução da Pena

São dois os critérios para se aplicar a redução da pena: espontaneidade e celeridade. O arrependimento posterior não precisa ser espontâneo, mas se for, a pena será diminuída. Também, quanto mais rápido se reparar o dano, maior será a diminuição.

3.3. Casos em que o Sujeito Repara o Dano mas não Ocorre a Diminuição da Pena

- *Cheque sem fundos*: pagando-se o cheque, extingue-se a punibilidade.
- *Crime contra a ordem tributária*: pagando-se a dívida, extingue-se a punibilidade.
- *Peculato culposo*: até o trânsito em julgado da sentença, havendo reparação do dano, extingue-se a punibilidade.
- *Crime de ação penal pública condicionada à representação na Lei n. 9.099/95*: reparando-se o dano, extingue-se a punibilidade.

4. CONCURSO DE AGENTES

É gênero ao qual pertencem duas espécies: co-autoria e participação. Há três teorias:

- *Teoria Restritiva*: autor é somente aquele que realiza o núcleo da ação típica, ou seja, é aquele que pratica o verbo do tipo. Haverá co-autoria quando dois ou mais agentes, em conjunto, realizarem o verbo tipo. Partícipe é aquele que, sem realizar o núcleo da ação típica, concorre de qualquer forma para a consecução do crime.
- *Teoria Extensiva*: não existe distinção entre co-autor e partícipe; todos são chamados de co-autores, realizem o verbo ou concorram para a consecução do crime. Essa teoria era adotada pela antiga Parte Geral do CP, entretanto, hoje, ela não é mais adotada.
- *Teoria do Domínio do Fato*: consideram-se autores de um crime todos os agentes que, mesmo sem praticar o verbo, concorram para a produção final do resultado, tendo o domínio completo de todas as ações até o momento consumativo. O que importa não é se o agente pratica ou não o verbo, mas sim se ele detém o controle dos fatos até a consumação do crime.

4.1. Teorias Quanto à Responsabilização do Co-autor e do Partícipe

4.1.1. Teoria unitária ou monista

Todos co-autores e partícipes respondem por um único crime. É a teoria que foi adotada como regra pelo CP brasileiro (art. 29, *caput*).

4.1.2. Teoria dualista

Os co-autores respondem por um crime e os partícipes por outro. Não foi adotada pelo sistema jurídico brasileiro.

4.1.3. Teoria pluralística

Para esta teoria, os co-autores respondem por um crime e os partícipes respondem cada qual por um crime diferente. Foi a teoria adotada como exceção pelo CP brasileiro (art. 29, § 2.º).

4.2. Requisitos para o Concurso de Agentes

- *Pluralidade de agentes (ou de condutas).*
- *Relevância causal de todas as condutas:* todas as condutas devem ter concorrido para a produção do resultado.
- *Liame subjetivo:* não basta que hajam várias condutas que concorram para o resultado, é necessário que todos os agentes que contribuíram para o resultado estejam acordados entre si. É pressuposto básico do concurso de agentes que haja uma cooperação recíproca entre eles.
- *Identidade de infração para todos os agentes.*

4.3. Formas de Participação

4.3.1. Participação moral ou psicológica

É aquela que ocorre por meio de um impulso psicológico. Subdivide-se em *induzimento* (fazer nascer a idéia no autor) e *instigação* (reforçar uma idéia já existente).

4.3.2. Participação material

É aquela que ocorre por meio de atos materiais.

4.4. Autoria Mediata

Ocorre quando o autor se serve de uma pessoa sem condições de avaliar o que está fazendo para, em seu lugar, praticar o crime. O autor utiliza uma pessoa como se fosse uma arma, um instrumento para praticar o crime (p. ex.: um louco ou uma criança). A pessoa é um simples instrumento da atuação do autor mediato.

Na autoria mediata, o executor pode estar nas seguintes condições:

- . doença mental;
- . desenvolvimento incompleto;
- . indução em erro essencial;
- . coação moral irresistível;
- . obediência hierárquica.

Não há concurso de agentes, visto que somente o autor mediato praticou o crime. Para fins de aplicação de pena, a jurisprudência entende, no entanto, que devem ser aplicadas as qualificadoras do concurso de agentes.

4.5. Autoria Colateral

Ocorre quando duas ou mais pessoas realizam simultaneamente a mesma conduta sem que exista entre elas liame subjetivo. Cada um dos autores responde por seu resultado, visto não haver, nesse caso, co-autoria.

4.6. Autoria Incerta

Ocorre quando, na autoria colateral, não se sabe quem produziu o resultado. A consequência, na autoria

incerta, é a responsabilização de todos os autores por tentativa, visto que não se sabe qual dos autores provocou o resultado (princípio *in dubio pro reo*).

4.7. Autoria Ignorada ou Desconhecida

Ocorre quando não se sabe quem foi o autor do crime.

4.8. Participação por Omissão

Ocorre quando o sujeito, que tem o dever jurídico de impedir o resultado, se omite. A omissão é uma forma de praticar o crime. A vontade do sujeito, que tem o dever jurídico de impedir o resultado, adere à vontade dos agentes do crime.

4.9. Conivência

Ocorre quando o sujeito, que não tem o dever jurídico de impedir o resultado, se omite.

MÓDULO VI

1. ILICITUDE OU ANTIJURIDICIDADE

Todo fato típico, em princípio, também é ilícito. O fato típico cria uma presunção de ilicitude. É o caráter indiciário da ilicitude. Se não estiver presente nenhuma causa de exclusão da ilicitude, o fato também será ilícito, confirmando-se a presunção da ilicitude.

A ilicitude pode ser:

- contradição do fato com a norma (é igual ao conceito de antinormatividade). É o fato típico não acobertado pelas causas de exclusão da ilicitude;
- material: segundo o critério material, a antijuridicidade ocorre quando o fato contraria a norma e causa uma lesão ou um perigo concreto de lesão ao bem jurídico. É uma conduta que não somente está contrária à lei, mas também é injusta, contrariando o sentimento de justiça da sociedade. Para o Direito Penal, só é válido este conceito.

A antijuridicidade é sempre objetiva porque independe da culpabilidade do agente. Exemplo: menor pode praticar fato antijurídico, contudo não responde porque não tem culpabilidade.

Crime é um fato típico (já estudado) e antijurídico. A antijuridicidade é o 2.º requisito do crime.

A antijuridicidade é diferente de injusto penal. Aquela é qualidade da conduta, este é fato típico e antijurídico.

2. CAUSAS LEGAIS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE

São duas as classificações das causas de exclusão da ilicitude (exclusão da antijuridicidade, causas justificantes ou descriminantes):

- *causas legais*: são as quatro previstas em lei (ex.: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito);
- *causas supralegais*: são aquelas não previstas em lei, mas que excluem a ilicitude (ex.: furar a orelha).

2.1. Estado de Necessidade

O estado de necessidade é uma causa de exclusão de ilicitude, encontra-se tipificado no art. 24 do CP. Consiste em uma conduta lesiva praticada para afastar uma situação de perigo. Não é qualquer situação de perigo que admite a conduta lesiva e não é qualquer conduta lesiva que pode ser praticada na situação de perigo. Existindo uma situação de perigo que ameace dois bens jurídicos, um deles terá que ser lesado para salvar o outro de maior valor.

2.1.1. Característica essencial

No estado de necessidade, há um conflito entre dois ou mais bens jurídicos diante de uma situação de perigo. É agressão justa. (ex.: naufrágio)

2.1.2. Teorias

Teoria unitária: o estado de necessidade sempre exclui a antijuridicidade. Essa teoria foi acolhida pelo CP.

Teoria diferenciada (Direito Penal alemão): para esta, é necessário fazer uma diferenciação: quando os bens jurídicos são desiguais, há exclusão da antijuridicidade, portanto, tem-se estado de necessidade justificante; quando os bens jurídicos são iguais, há exclusão apenas da culpabilidade, tem-se, neste caso, estado de necessidade exculpante.

2.1.3. Requisitos para a existência do estado de necessidade

- Perigo deve ser atual ou iminente, ou seja, deve estar acontecendo naquele momento ou prestes a acontecer. Quando, portanto, o perigo for remoto ou futuro, não há o estado de necessidade.
- Perigo deve ameaçar um direito próprio ou um direito alheio. Necessário se faz que o bem esteja protegido pelo ordenamento jurídico. No caso de situação de perigo a bem de terceiro, não há necessidade da autorização do terceiro.
- Perigo não pode ter sido criado voluntariamente. Quem dá causa a uma situação de perigo não pode invocar o estado de necessidade para afastá-la. Aquele que provocou o perigo com dolo não age com estado de necessidade porque tem o dever jurídico de impedir o resultado. Mas, se o perigo foi provocado culposamente, o agente pode se valer do estado de necessidade.
- Quem possui o dever legal de enfrentar o perigo não pode invocar o estado de necessidade. A pessoa que possui o dever legal de enfrentar o perigo deve afastar a situação de perigo sem lesar qualquer outro bem jurídico.
- Inevitabilidade do comportamento lesivo, ou seja, somente deverá ser sacrificado outro bem se não houver outra maneira de afastar a situação de perigo.
- É necessário existir proporcionalidade entre a gravidade do perigo que ameaça o bem jurídico do agente ou alheio e a gravidade da lesão causada pelo fato necessitado, pois o CP brasileiro adotou a Teoria Unitária, qual seja, "o estado de necessidade é causa de exclusão da ilicitude". Utiliza-se a razoabilidade do sacrifício, ou seja, se o sacrifício for razoável, exclui-se a ilicitude e haverá estado de necessidade. Se houver desproporcionalidade, afasta-se o estado de necessidade, sendo que, no ordenamento brasileiro, o réu só terá direito a redução da pena de 1/3 a 2/3.
- Requisito subjetivo: os finalistas colocam mais um requisito do estado de necessidade: o conhecimento da situação justificante. Se não houver o conhecimento da situação, o agente não tem direito a invocar o estado de necessidade. Para os clássicos, esse conhecimento é irrelevante.

2.1.4. Espécies de estado de necessidade

- *Próprio* ou *de terceiro*: é próprio quando há o sacrifício de um bem jurídico para salvar outro que é do próprio agente. É de terceiro quando o sacrifício é para salvar bem jurídico de terceiro.
- *Real* ou *putativo*: é real quando se verificam todos os requisitos da situação de necessidade. É putativo quando não subsistem, de fato, todos os requisitos legais da situação de necessidade, mas o agente os julga presentes.
- *Defensivo* ou *agressivo*: é defensivo quando há o sacrifício de bem jurídico da própria pessoa que criou a situação de perigo. É agressivo quando há o sacrifício de bem jurídico de terceira pessoa inocente.

2.2. Legítima Defesa

2.2.1. Requisitos

- *Agressão*: é todo ataque praticado por pessoa humana. Se o ataque é comandado por animais irracionais, não é legítima defesa e sim estado de necessidade. A agressão pode ser ativa ou passiva:
 - *ativa*: quando o sujeito ataca injustificadamente;
 - *passiva*: quando o ato de agredir é uma omissão (ex.: carcereiro que, mesmo com alvará de soltura, não liberta o preso).
- *Injusta*: no sentido de *ilícita*, ou seja, só cabe legítima defesa contra agressão não acobertada por causa de exclusão da ilicitude.

Cabe legítima defesa real contra legítima defesa putativa.

Cabe legítima defesa putativa contra legítima defesa real (ex.: "A" é o agressor, "B" é a vítima. "A" começa a agredir "B" e este começa a se defender. "C" não sabe quem começou a briga e age em legítima defesa de A).

Cabe legítima defesa putativa contra legítima defesa putativa.

PERGUNTA: Cabe legítima defesa real contra legítima defesa subjetiva (é o excesso plenamente justificável, ou seja, um excesso que não pode ser justificado nem por dolo nem por culpa)?

RESPOSTA: Em tese, caberia, visto que, a partir da continuidade da agressão, a vítima torna-se agressora. Entretanto, no nosso sistema jurídico, não é aceita, visto que não se pode invocar a legítima defesa quem iniciou a agressão.

Cabe legítima defesa real contra agressão culposa.

Cabe legítima defesa real contra agressão de imputável.

- Atual ou iminente: atual é a agressão que está acontecendo e iminente é a que está prestes a acontecer. Não cabe legítima defesa contra agressão passada ou futura e também quando há promessa de agressão.
- A direito próprio ou de terceiro: é legítima defesa própria quando o sujeito está se defendendo e legítima defesa alheia quando o sujeito defende terceiro. Pode-se alegar legítima defesa alheia mesmo agredindo o próprio terceiro (ex.: em caso de suicídio, pode-se agredir o terceiro para salvá-lo).
- Meio necessário: é o meio menos lesivo colocado à disposição do agente no momento da agressão.
- Moderação: é o emprego do meio necessário dentro dos limites para conter a agressão. Somente quando ficar evidente a intenção de agredir e não a de se defender, caracterizar-se-á o excesso. Excesso é uma intensificação desnecessária, ou seja, quando se utiliza um meio que não é necessário ou quando se utiliza meio necessário sem moderação. Se o excesso for doloso, não caracteriza a legítima defesa. O excesso é culposos quando há intensificação por imprudência. Caso não se caracterize nem o dolo nem a culpa do excesso, caracteriza-se a legítima defesa subjetiva.

2.2.2. Espécies de legítima defesa

- *Legítima defesa putativa*: é a legítima defesa imaginária. É aquela erroneamente suposta.
- *Legítima defesa subjetiva*: é o excesso cometido por um erro plenamente justificável.
- *Legítima defesa sucessiva*: é a repulsa contra o excesso.

2.2.3. Ofendículos e defesa mecânica predisposta

Ofendículos são aparatos visíveis destinados à defesa da propriedade ou de qualquer outro bem jurídico. O que os caracteriza é a visibilidade, devendo ser detectados por qualquer pessoa (ex.: lança no portão da casa, caco de vidro no muro etc.). Existem duas posições sobre o que o uso de ofendículos deveria caracterizar:

- legítima defesa preordenada, visto que só atuará no momento em que ocorre a efetiva agressão;
- exercício regular do direito.

Defesa mecânica predisposta: é aparato destinado à defesa da propriedade ou de qualquer outro bem jurídico, no entanto estão ocultos. Somente excepcionalmente caracterizará exercício regular do direito. Em regra, o sujeito que se utiliza de defesa mecânica preordenada responde por crime.

2.3. Estrito Cumprimento do Dever Legal

É o dever emanado da lei ou de respectivo regulamento. O dever que se cumpre é um dever emanado a todos os agentes. Quando há ordem específica a um agente, não há o estrito cumprimento do dever legal.

O agente atua em cumprimento de um dever emanado de um poder genérico, abstrato e impessoal. Se houver abuso, não há a excludente, ou seja, o cumprimento deve ser estrito. É possível haver estrito cumprimento do dever legal putativo, ou seja, o sujeito pensa que está em estrito cumprimento do dever legal, mas não está.

Necessário se faz ainda o requisito subjetivo, ou seja, a consciência de que se cumpre um dever legal.

2.4. Exercício Regular do Direito

O exercício de um direito jamais pode configurar um fato ilícito. Eventualmente, se, a pretexto de exercer um direito, houver intuito de prejudicar terceiro, haverá crime. As provas apresentadas deverão evidenciar o

intuito de prejudicar alguém.

2.4.1. Lesões esportivas

Pela doutrina tradicional, a violência desportiva é exercício regular do direito, desde que a violência seja praticada nos limites do esporte. Mesmo violências que acabam em alguma lesão, se isso for previsível para a prática do esporte, serão exercício regular do direito (ex.: numa luta de boxe, poderá haver, inclusive, a morte de um dos lutadores).

2.4.2. Intervenções cirúrgicas

Amputações, extração de órgão etc. constituem exercício regular da profissão do médico. Se a intervenção for realizada em caso de emergência por alguém que não é médico, será considerada estado de necessidade.

2.4.3. Consentimento do ofendido

O consentimento do ofendido exclui o fato típico, quando a discordância da vítima for elemento do tipo (ex.: em caso de furto, se houver o consentimento da vítima para que o agente leve o bem). Assim, o consentimento da vítima pode excluir a antijuridicidade, mas são necessários os seguintes requisitos:

- ser o bem jurídico disponível;
- que a vítima tenha 18 anos completos ou mais;
- ser o consentimento dado antes ou durante o fato;
- a consciência do agente de que houve consentimento.

Consentimento é causa supralegal de exclusão da antijuridicidade (porque não está em lei). Quando a discordância não for elemento do tipo, entra como causa de exclusão da ilicitude.

Deverá haver a capacidade da vítima de dispor sobre o bem jurídico e a disponibilidade sobre o risco ao qual fica sujeito o bem jurídico, ou seja, o risco ao qual o bem jurídico fica sujeito deve ser aceito socialmente (ex.: o sujeito vai saltar de pára-quedas e assina um documento aceitando o risco).

MÓDULO VII

1. CULPABILIDADE

A culpabilidade não é elemento do crime, não integra o conceito de crime. Então, se há discussão sobre a culpabilidade, existe o fato típico, ou seja, o crime já ocorreu. Na culpabilidade não serão excluídos o dolo e a culpa, nem o fato típico. A culpabilidade, também chamada de juízo de reprovação, é *a possibilidade de se declarar culpado o autor de um fato típico e ilícito*, ou seja, é a responsabilização de alguém pela prática de uma infração penal.

O pressuposto para se analisar a culpabilidade é que já exista o crime, ou seja, a ausência de culpabilidade não exclui o crime, no entanto o agente da infração penal não responderá pelo crime que cometeu.

Atualmente, os requisitos para a culpabilidade são: a imputabilidade, a consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

2. IMPUTABILIDADE

É a capacidade de compreender o caráter criminoso do fato e de orientar-se de acordo com esse entendimento. A imputabilidade possui dois elementos: ☐ intelectual (capacidade de entender);

- volitivo (capacidade de querer).

Faltando um desses elementos, o sujeito não será imputável.

2.1. Requisitos

- *Causal*: a inimputabilidade deve ser causada por doença mental, desenvolvimento mental incompleto, desenvolvimento mental retardado, dependência química ou embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior. Somente essas causas podem tirar a capacidade de entender ou de querer.
- *Cronológico*: as causas que levam à inimputabilidade devem existir no tempo da infração penal.
- *Consequencial*: perda completa da capacidade de entender ou da capacidade de querer.

2.2. Sistema de Aferição da Inimputabilidade

- *Sistema Biológico*: para este sistema, basta a causa para que o sujeito seja declarado imputável, não é necessário que o sujeito perca a capacidade de entender e querer em consequência dessa causa. Esse sistema foi adotado no sistema jurídico brasileiro como exceção nos casos de menores de 18 anos (art. 27 do CP).
- *Sistema Psicológico*: neste sistema, basta a existência da consequência. Não foi adotado pelo sistema jurídico brasileiro.
- *Sistema Biopsicológico*: neste sistema, é necessário que haja a causa ao tempo da infração penal e deve haver a perda completa da capacidade de entender ou querer. Foi o sistema adotado pelo sistema jurídico brasileiro (art. 26 do CP).

2.3. Embriaguez

É uma intoxicação aguda e transitória, provocada pelo álcool ou substância de efeitos análogos. A embriaguez subdivide-se em:

- *não-acidental*: é aquela que não decorre de acidente. Subdivide-se em:
 - *voluntária ou dolosa*: o sujeito quer se embriagar;
 - *culposa*: o sujeito quer ingerir a substância, mas não quer entrar em situação de embriaguez.

Tanto uma quanto outra pode ser completa (perda total da capacidade de avaliação) ou incompleta (perda parcial da capacidade de avaliação). Qualquer embriaguez não-acidental não exclui a imputabilidade em

razão da Teoria da *actio libera in causa* (ações livres na causa), ou seja, o sujeito tinha plena liberdade para decidir se deveria ou não ingerir a substância, portanto, se ele perdeu a capacidade de avaliação, responderá por todas as suas ações;

- *acidental*: é a que deriva de caso fortuito ou força maior. Pode ser completa ou incompleta. Nesse caso, o sujeito não tinha a intenção de ingerir a substância, portanto, não se pode aplicar a Teoria da *actio libera in causa*. A embriaguez completa, nesse caso, exclui a imputabilidade e a incompleta reduz a pena de 1/3 a 2/3;
- *preordenada*: o agente se embriaga para cometer o crime. A embriaguez preordenada, além de não excluir a imputabilidade, é considerada agravante genérica (art. 61, II, "i", do CP);
- *patológica*: é a embriaguez do alcoólatra, do dependente. O sujeito, nesse caso, é equiparado ao doente mental.

São três as fases da embriaguez:

- *fase da excitação*: a pessoa perde a autocensura. Nessa fase, costumam ocorrer muitos crimes de trânsito;
- *fase da depressão*: o sujeito começa a ficar agressivo e nervoso. Nessa fase, costumam ocorrer os crimes contra a vida;
- *fase do sono*: o sujeito entra num estado de dormência profunda, perdendo o controle de suas funções fisiológicas. Nessa fase, somente podem ser praticados crimes omissivos.

2.4. Emoção e Paixão

A emoção é um sentimento súbito, repentino, passageiro e intenso. A paixão é duradoura, perene. Nem a emoção nem a paixão excluem a imputabilidade. Somente a emoção pode funcionar como redutor de pena.

Quando o sujeito estiver sob mera influência da emoção, haverá circunstância atenuante genérica da pena. Quando o sujeito estiver sob o domínio completo da emoção, será causa de diminuição de pena (a pena poderá ser diminuída de $\frac{1}{6}$ a $\frac{1}{3}$) ou configuração de privilégio.

3. CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE

A ninguém é dado descumprir a lei alegando que a desconhece. O desconhecimento da lei é inescusável. Essa é uma presunção que não admite prova em contrário. Na Lei das Contravenções Penais, há uma exceção: no art. 8.º da LCP, o erro de direito traz uma consequência penal, podendo o Juiz conceder o perdão judicial. A consciência da ilicitude não se confunde com o desconhecimento da lei.

Consciência da ilicitude é o conhecimento profano do injusto. É saber que o fato é antinormativo, ter a consciência de que se faz algo contrário ao sentimento de justiça da sociedade. A consciência da ilicitude não pode ser requisito da culpabilidade. O que se investiga é se o sujeito tinha ou não condições de saber que era errado, se ele tinha possibilidade de evitar o erro. O requisito da culpabilidade, então, é a potencial consciência da ilicitude.

Deve-se sair do aspecto subjetivo e passar a investigar aspectos objetivos no caso concreto para que se possa averiguar se o agente tinha condições de saber e se tinha condições de evitar o erro. A causa que exclui a potencialidade da consciência da ilicitude chama-se erro de proibição inevitável (que seria acreditar que o proibido é permitido). Se o erro é inevitável, o agente não tinha como saber que era ilícito. Assim, o erro de proibição inevitável exclui a culpa, sendo o sujeito absolvido.

Se o erro de proibição é evitável, está presente a potencial consciência da ilicitude, então, não há exclusão da culpabilidade. O agente será condenado, tendo somente uma redução de pena de $\frac{1}{6}$ a $\frac{1}{3}$. O erro de proibição jamais exclui o dolo, visto que este está no tipo, sendo excluída apenas a culpabilidade.

4. EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

É a expectativa social de que o agente tenha outro comportamento e não aquele. Assenta-se na Teoria da Normalidade das Circunstâncias Concomitantes, que significa que somente se pode julgar alguém se essa

pessoa agiu em circunstâncias normais, ou seja, somente se pode julgar alguém que agiu errado se essa pessoa agiu sob circunstâncias absolutamente normais.

4.1. Hipóteses em que Surge a Anormalidade

4.1.1. Coação moral irresistível

A coação moral irresistível é a grave ameaça contra a qual o homem normal não consegue resistir. Essa coação não elimina nem o fato típico nem o dolo, porém exclui a culpabilidade, visto que cria circunstâncias anormais ao redor do fato. Ocorre o que a doutrina chama de inexigibilidade de conduta diversa.

a) Coação física

É o emprego de força bruta. Essa coação física elimina a conduta, o fato é considerado atípico.

b) Coação moral resistível

A pessoa atua sob influência de uma grave ameaça contra a qual podia resistir. Essa coação não elimina nem o fato típico, nem a ilicitude, nem a culpabilidade. É apenas uma circunstância atenuante.

4.1.2. Obediência hierárquica

O sujeito atua em cumprimento de uma ordem específica. Essa ordem deve ser de um superior para um subordinado, deve haver um vínculo de natureza administrativa (relação de Direito Público), a ordem deve ser ilegal com aparente legalidade. Caso o sujeito cumpra uma ordem manifestamente ilegal, acreditando que seja legal, estará incluso no erro de proibição.

4.1.3. Causas supralegais de exclusão de culpabilidade

Atualmente, o STJ sustenta que, além da coação moral irresistível e da obediência hierárquica previstas em lei, qualquer circunstância que no caso concreto venha tornar inexigível a conduta diversa conduz à causa de exclusão de culpabilidade.

MÓDULO VIII

1. DA SANÇÃO PENAL

1.1. Das Penas

1.1.1. Considerações gerais

A sanção penal subdivide-se em penas e medidas de segurança. Pena é uma espécie do gênero “sanção penal”.

Pena é a sanção penal imposta pelo Estado, mediante o devido processo legal, ao autor de um fato típico e ilícito que foi reconhecido culpado, tendo como finalidade puni-lo e ressocializá-lo, bem como prevenir a prática de novas infrações mediante a intimidação penal.

A pena tem dupla finalidade:

- *prevenção especial*: consiste no tratamento ressocializante e na punição ao infrator;
- *prevenção geral*: desmotivar a prática de futuras infrações mediante a ameaça de coerção.

1.1.2. Características da pena

- *Legalidade*: a pena deve estar cominada em lei (princípio da reserva legal – art. 5.º, XXXIX, da CF/88).
- *Anterioridade*: a pena deve estar prevista em lei vigente ao tempo da infração penal (art. 5.º, XXXIX, da CF/88).
- *Irretroatividade*: a pena não pode alcançar fatos anteriores a ela (art. 5.º, XL, da CF/88).
- *Proporcionalidade*: a pena deve ser proporcional ao crime. A resposta penal do Estado deve ser proporcional à agressão.
- *Individualidade*: a pena deve ser individualizada segundo as características de cada autor.
- *Personalidade*: a pena não pode passar da pessoa do delinquente (art. 5.º, XLV, da CF/88).
- *Humanidade*: estão proibidas as penas cruéis que tragam castigos físicos, que acarretem infâmia para o condenado ou trabalhos forçados.
- *Indeferibilidade*: é a certeza da aplicação da pena.

1.1.3. Espécies de penas

- Privativas de Liberdade.
- Alternativas: que se subdividem em restritivas de direitos e multa.

2. DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

O Código Penal somente reconhece duas espécies de pena privativa de liberdade: reclusão e detenção. A diferença entre elas está no regime penitenciário a que a pena está sujeita.

2.1. Reclusão

Pode começar a ser cumprida em três regimes distintos:

- *regime fechado*: estabelecimentos de segurança máxima e média; regime inicial quando a pena aplicada exceda a 8 anos;
- *regime semi-aberto*: é aquele em que a pena é cumprida em colônias penais agrícolas e industriais; regime inicial quando a pena aplicada for superior a 4 anos, mas não exceder a 8 anos;
- *regime aberto*: o sujeito trabalha durante o dia e, à noite e nos dias de folga, deve se recolher à casa do albergado ou à prisão ou estabelecimento congênere; regime inicial quando a pena aplicada for igual ou inferior a 4 anos.

2.2. Detenção

A pena de detenção jamais pode começar a ser cumprida no regime fechado. Essa é a grande diferença entre a pena de detenção e a pena de reclusão. Tem somente dois regimes iniciais:

- *regime semi-aberto*: quando a pena aplicada exceder a 4 anos;
- *regime aberto*: quando a pena aplicada for igual ou inferior a 4 anos.

2.3. Observações

No caso de pena de reclusão, se o condenado for reincidente, sua pena começa a ser cumprida obrigatoriamente em regime fechado; o critério quantitativo só vale para os primários.

No caso de pena de reclusão, se o condenado, embora primário, não preencher os requisitos do art. 59 do CP (bons antecedentes, boa conduta social etc.), começará, obrigatoriamente, em regime fechado.

No caso de pena de detenção, se o condenado for reincidente, ou não preencher os requisitos do art. 59 do CP, começará, obrigatoriamente, em regime semi-aberto.

3. PROGRESSÃO DE REGIME

O condenado tem direito a passar do regime inicial para um regime mais brando após o cumprimento de $\frac{1}{6}$ da pena, desde que o seu mérito autorize a progressão.

A jurisprudência não tem conhecido, em regra, a impetração de *habeas corpus* para se requerer a progressão de regimes, visto que ele não tem dilação probatória para se comprovar o mérito do condenado.

O tráfico ilícito de entorpecentes, o terrorismo e os crimes hediondos não autorizam a progressão de regime, devendo a pena ser cumprida integralmente no regime fechado. O crime de tortura admite a progressão de regime, uma vez que é dispositivo expresse na Lei de Tortura.

3.1. Progressão por Salto

Também chamada de progressão *per saltum*, é a passagem direta do regime fechado para o aberto. No Brasil, não é possível a progressão *per saltum*, visto que a Lei de Execução Penal exige para progressão de pena o cumprimento de $\frac{1}{6}$ da pena no regime anterior e o regime anterior ao aberto é o semi-aberto, não podendo haver passagem direta do regime fechado para o aberto.

Caso o condenado cumpra $\frac{1}{6}$ da pena no regime fechado, tenha mérito para a progressão, sendo esta autorizada pelo Juiz, e não haja vaga na colônia penal para a progressão da pena, ele deverá permanecer no regime fechado. Cumprido mais $\frac{1}{6}$ da pena, neste caso, o condenado poderá cumprir o restante da pena no regime aberto, não porque houve a progressão por salto, mas sim porque judicialmente ele já haveria cumprido o regime semi-aberto.

4. REGRESSÃO DE REGIME (Art. 118 da LEP)

É a volta de condenado para o regime mais rigoroso. É possível a regressão por salto, ou seja, pode o condenado que está cumprindo a pena em regime aberto regredir diretamente para o regime fechado. Na pena de detenção, existe a regressão para o regime fechado, havendo, então, a possibilidade de o condenado cumprir a pena em regime fechado (o que não pode ocorrer na pena de detenção é iniciar a pena em regime fechado).

5. PRISÃO ALBERGUE E DOMICILIAR

Existem algumas hipóteses, previstas no art. 117 da LEP, em que o condenado em regime aberto tem o direito de se recolher, à noite e nos dias de folga, à sua própria residência em vez da Casa do Albergado:

- condenado que tem mais de 70 anos;
- condenada gestante;
- condenada ou condenado com filho menor ou deficiente físico ou mental;
- condenado acometido de doença grave.

No caso de não haver vaga na Casa do Albergado, discute-se a possibilidade de se aplicar o art. 117 por analogia. Uma primeira posição entende que isso não é possível, visto que a LEP limitou as hipóteses relacionadas no art. 117, devendo o condenado se recolher em estabelecimento congênere. A LEP fixou um prazo de 6 meses ao Poder Executivo para que fossem construídas todas as instalações necessárias para a sua aplicação. Passados vinte anos, nada foi feito; e, por esse motivo, o condenado não pode pagar pela inércia do Executivo, devendo-se buscar soluções alternativas. Essa é a posição que está prevalecendo no Supremo Tribunal Federal, mas não é a majoritária.

6. PENAS ALTERNATIVAS

Penas alternativas são alternativas penais à pena privativa de liberdade, portanto, qualquer opção sancionatória que não leve à privação da liberdade é chamada de pena alternativa. Existem duas espécies de penas alternativas: penas alternativas restritivas de direitos e multa.

6.1. Penas Alternativas Restritivas de Direitos

As penas alternativas restritivas de direitos subdividem-se em:

- penas alternativas restritivas de direitos *stricto sensu*;
- penas alternativas restritivas de direitos pecuniárias.

Essa espécie de pena é aplicada em substituição à pena privativa de liberdade, logo, primeiro o Juiz aplica a pena privativa de liberdade na sentença condenatória, em seguida, se estiverem preenchidos os requisitos legais, substituirá essa pena por uma das penas alternativas restritivas de direito.

Os requisitos para essa substituição subdividem-se em:

- *Objetivos* (que dizem respeito ao fato e à pena):
 - que a pena aplicada seja igual ou inferior a 4 anos. Tratando-se de crime culposos, não existe limite de pena, ou seja, esse máximo de 4 anos somente vale para os crimes dolosos (no caso de concurso de crimes, o que interessa é o resultado final da somatória das penas);
 - crime cometido sem violência ou grave ameaça (não se aplica ao crime culposos, ou seja, crime culposos praticado com violência admite a substituição).
- *Subjetivos* (que dizem respeito ao agente):
 - não reincidência em crime doloso (se entre a extinção da pena pelo primeiro crime e a prática do novo delito decorreram mais de cinco anos, a reincidência caduca – período depurador – prescrição quinquenal da reincidência – § 1.º do art. 44 do CP);
 - se a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade e os motivos do crime aconselharem a substituição.

Se a pena for igual ou inferior a um ano, o Juiz poderá substituir por somente uma restritiva ou somente pela pena de multa.

6.1.1. Observações

- *Lesão corporal leve, ameaça, constrangimento ilegal e vias de fato*: são infrações de menor potencial ofensivo, admitindo transação penal, e admitem penas alternativas, antes mesmo de proposta a ação, por esse motivo podem ser aplicadas as penas alternativas restritivas de direitos.
- Tráfico ilícito de entorpecentes é incompatível com a aplicação das penas alternativas restritivas de direito, visto que a Lei dos Crimes Hediondos dispõe que a pena deverá ser cumprida integralmente em regime fechado.

- *Roubo em que a vítima é reduzida à impossibilidade de resistência*: "Há duas interpretações. A primeira, no sentido de ser incabível a pena substitutiva, sob o fundamento de que, no crime de roubo, as três formas de execução equivalem-se, não havendo motivação plausível para vedar o benefício apenas nas duas primeiras. Tanto é assim que DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS chama a terceira forma de execução de violência imprópria. Teria, em verdade, havido mera omissão involuntária do legislador, uma vez que, em regra, os delitos mencionam apenas a violência ou grave ameaça. Ademais, a gravidade do roubo seria incompatível com o requisito subjetivo que aponta ser cabível o benefício tão-somente quando a medida se apresenta como suficiente para a repressão e prevenção do crime. A segunda admite a aplicação das penas restritivas, pois seria incabível o uso de analogia in malam partem para vedá-las em hipótese não abrangida pela lei."(Victor E. Rios Gonçalves) "Violência imprópria. Ocorre nas hipóteses em que o sujeito emprega outro meio de conteúdo idêntico à grave ameaça ou violência a pessoa, como embriaguez, narcótico, hipnotismo, lançamento de substância tóxica ou areia nos olhos da vítima etc.(...) Crime de roubo com violência imprópria (CP, art. 157). Admite, em tese, pena alternativa."(Damásio Evangelista de Jesus).
- *Estupro com violência presumida*: é incompatível com a aplicação das penas alternativas restritivas de direito, visto que a Lei dos Crimes Hediondos dispõe que a pena deverá ser cumprida integralmente em regime fechado.
- *Crime de dano*: pode ser aplicada a substituição, visto que a violência é aplicada contra a coisa e não contra a pessoa.

6.2. Das Penas Alternativas Restritivas de Direitos em Espécie

As penas restritivas de direitos subdividem-se em restritivas de direito em sentido estrito e restritivas de direito pecuniárias:

- *pena restritiva de direito em sentido estrito*: prestação de serviços à comunidade, limitação de fim de semana, interdições temporárias de direitos (subdividem-se em quatro);
- *pena restritiva de direito pecuniária*: prestação pecuniária, prestação inominada, perda de bens e valores.

6.3. Conversão da Pena Alternativa em Pena Privativa de Liberdade

A única pena que não pode ser convertida é a de multa. Todas as outras penas alternativas podem ser convertidas em penas privativas de liberdade. As hipóteses de conversão são as seguintes:

- descumprimento da restrição imposta;
- se o sujeito sofre condenação, transitada em julgado, à pena privativa de liberdade, desde que isso torne impossível a manutenção da pena alternativa.

Convertida a pena, aproveita-se o tempo cumprido, por expressa disposição legal; se estiverem faltando menos de 30 dias quando se operar a conversão, o condenado deverá cumprir, no mínimo, 30 dias (saldo mínimo).

6.4. Penas Alternativas Restritivas de Direitos Pecuniárias

6.4.1. Prestação pecuniária

Consiste na obrigação do condenado de pagar a quantia de 1 até 360 salários mínimos para a vítima ou para os seus herdeiros, ou ainda para instituição com finalidade social. Quando o pagamento for para a vítima ou para os herdeiros, esse valor será descontado da indenização pelo dano *ex delicto*. O valor é fixado de acordo com o que o Juiz entender necessário para a reprovação do delito, levando-se em conta dois parâmetros: 1.º – extensão do prejuízo; e 2.º – capacidade econômica do agente. Caso o condenado não pague a prestação pecuniária, essa pena é convertida em pena privativa de liberdade. Se o sujeito pagou parte da prestação pecuniária, essa parte será aproveitada na conversão.

6.4.2. Prestação inominada

O Juiz, em vez de fixar a prestação de um valor, poderá fixar a prestação de qualquer coisa (ex.: cesta

básica).

6.4.3. Perda de bens e valores

É um confisco dos bens do condenado em favor do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN). O parâmetro para se calcular o confisco é o montante do prejuízo causado ou a extensão do lucro da vantagem obtida. A perda de bens e valores recai sobre o patrimônio lícito do agente e nunca sobre bens de origem ilícita.

- *Produto*: origem direta do crime. Readquirido por meio de busca e apreensão.
- *Proveito*: origem indireta do crime. Readquirido por meio de seqüestro.

6.4.4. Princípio da proporcionalidade da pena (art. 5.º, XLV, da CF/88)

A pena não pode passar da pessoa do delinqüente, ou seja, as penas pecuniárias não podem ser cobradas dos herdeiros. Há, entretanto, uma posição doutrinária que entende que, sendo essas penas de natureza reparatória, elas poderiam ser cobradas dos herdeiros, passando da pessoa do condenado (posição mais rigorosa).

6.5. Penas Restritivas de Direitos em Sentido Estrito

6.5.1. Prestação de serviços à comunidade

É a obrigação do condenado de prestar serviços em favor de entidades assistenciais, orfanatos, creches etc., ou em favor de entidade pública, por 8 horas semanais. Só poderá ser imposta quando a pena privativa aplicada for superior a 6 meses. Não há remuneração, as tarefas são gratuitas. Se o sujeito for condenado à pena superior a um ano, o Juiz poderá determinar que a prestação de serviços seja diminuída até a metade da pena aplicada (esse benefício não se aplica somente à pena de prestação de serviços, mas a qualquer pena restritiva de direitos).

6.5.2. Limitação de fim de semana

O condenado deverá comparecer à Casa do Albergado ou estabelecimento congênere e, durante 5 horas no sábado e 5 horas no domingo, deverá assistir a palestras. Não é utilizada, apesar de disposta em lei.

6.5.3. Interdições temporárias de direitos

- *Proibição do exercício de função pública ou de mandato eletivo*: é a chamada "pena específica"; somente pode ser aplicada nos crimes cometidos no exercício de função pública ou no mandato eletivo (violando deveres inerentes à função).
- *Proibição do exercício de profissão ou atividade que dependa de habilitação especial ou licença do Poder Público*: também é uma pena específica, só podendo ser aplicada aos crimes cometidos no exercício da profissão ou atividade, que violem deveres inerentes a ela.
- *Suspensão da habilitação para dirigir veículo*: aplicada nos crimes de trânsito. Alguns autores entendem que essa pena foi revogada pelo CTB.
- Proibição de freqüentar determinados lugares.

6.6. Pena de Multa

É uma das espécies de pena alternativa. É a única pena alternativa que não pode ser convertida em pura privativa de liberdade. O Código não traz o valor da multa em moeda corrente, que por esse motivo deve ser calculado. São três etapas para se calcular o valor da multa:

- calcular o número de dias-multa;
- calcular o valor, em moeda corrente, de cada dia-multa;
- multiplicar o valor de cada dia-multa pelo número de dias-multa a que o sujeito foi condenado.

Esse critério foi criado em um período de grande inflação e os valores que eram fixados no Código acabaram ficando defasados. As leis especiais que previam multa com um sistema diferente do valor em moeda (em

salário mínimo, unidade de valor etc.) não sofreram nenhuma alteração.

O número de dias-multa varia entre um mínimo de 10 e o máximo de 360 (art. 49 do CP). Três eram os critérios propostos para fixar o número de dias-multa:

- O Juiz fixava o número de dias-multa da mesma forma que fixava a pena privativa de liberdade (critério trifásico).
- O Juiz fixava o número de dias-multa levando em conta somente a 1.^a fase da fixação da pena privativa de liberdade (critério das circunstâncias judiciais).
- O Juiz fixava o número de dias-multa de acordo com a capacidade econômica do condenado. Hoje, ante a impossibilidade de conversão da multa em pena privativa de liberdade, não há mais restrições em se utilizar esse terceiro critério. Anteriormente, quando a multa poderia ser convertida em pena privativa de liberdade pela falta de pagamento, poderia haver injustiças, visto que um condenado que possuísse capacidade econômica inferior poderia vir a ficar mais tempo preso que um condenado que possuísse capacidade econômica superior.

O valor de cada dia-multa varia de $\frac{1}{30}$ até 5 salários mínimos, levando em conta a capacidade econômica do condenado. Se o valor de cada dia-multa, em função da capacidade econômica, tornar-se reduzido, pode ser multiplicado em até 3 vezes.

Para a fixação do valor de cada dia-multa, deve-se levar em conta o valor do salário-mínimo vigente na data em que o fato é praticado (princípio da anterioridade da pena). Sobre esse valor incide atualização monetária. A correção monetária, de acordo com o entendimento do STJ, incide a partir da data do fato.

Em caso de superveniente doença mental, suspende-se a execução da multa.

6.6.1. Execução da multa

Para os fins de cobrança, a multa é considerada dívida tributária; sua natureza, no entanto, continua sendo a de pena e por esse motivo não pode passar da pessoa do condenado (art. 5.º, XLV, da CF/88). Transitada em julgado a condenação, o Ministério Público pede ao Juízo da execução penal a citação do condenado para o pagamento da multa dentro do prazo de 10 dias. Superado esse prazo sem o pagamento, é extraída uma certidão pormenorizada do ocorrido, remetendo-se esta para a Procuradoria Fiscal (cuja função, no âmbito comum, é exercida pela Procuradoria do Estado) para inscrição na dívida ativa. A execução se processa perante a Vara da Fazenda Pública. A prescrição passa a ser a da legislação tributária, ou seja, o prazo da execução fiscal, que é de 5 anos. As causas interruptivas e suspensivas da prescrição também são as da legislação tributária (art. 51 do CP).

MÓDULO IX

1. COMUNICABILIDADE DE ELEMENTARES E CIRCUNSTÂNCIAS

O art. 30 do CP dispõe que não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime. Contém esse artigo três regras: duas relacionadas às circunstâncias e uma relacionada às elementares.

1.1. Elementares

“Elementar” vem de “elemento”, que significa componente essencial, fundamental. Elementar é todo componente essencial da figura típica, sem o qual essa desaparece (atipicidade absoluta) ou se transforma em outra (atipicidade relativa). Por serem fundamentais, as elementares estão sempre no *caput* dos artigos, visto estar no *caput* a descrição do tipo penal. Algumas elementares estarão nos parágrafos, quando houver previsão de figuras equiparadas neles.

1.2. Circunstâncias

Circunstância é todo dado acessório, não fundamental para a existência do crime, que fica agregado à figura típica e tem por função tão-somente influenciar na pena. A circunstância não altera o crime, somente influi na maior ou menor gravidade do delito. Existem circunstâncias agravantes e atenuantes; elas se encontram na Parte Geral do CP. Há também circunstâncias judiciais que ficam a critério do juiz (art. 59 do CP).

Existem, ainda, causas de aumento ou diminuição de pena que também são circunstâncias. Quando a causa de diminuição está prevista no próprio tipo, passa a ser específica daquele crime, sendo chamada de privilégio.

Ainda, há as qualificadoras, que serão circunstâncias do crime, visto que somente influenciam na pena, não modificando o tipo penal. A qualificadora eleva os limites da pena. Uma segunda corrente entende que as qualificadoras são circunstâncias elementares que receberiam o mesmo tratamento das elementares. Essa segunda corrente é a que ainda está prevalecendo.

1.3. Regras do Art. 30 do CP

- As circunstâncias de caráter pessoal (circunstâncias subjetivas) não se comunicam no concurso de agentes. As circunstâncias subjetivas são aquelas que dizem respeito ao agente (ex.: antecedentes, personalidade, motivo do crime, parentesco, reincidência etc.).
- Comunicam-se as circunstâncias de caráter objetivo, que são aquelas que dizem respeito ao crime (ex.: emprego de arma, meio cruel, repouso noturno, modos de execução, meios empregados, idade da vítima etc.).
- As elementares sempre se comunicam, não importando se são de caráter pessoal ou não.

Questão: a qualificadora da promessa de recompensa no homicídio comunica-se ao mandante?

Resposta: para a corrente que entende que a qualificadora é uma circunstância, sendo, nesse caso, uma qualificadora de caráter subjetivo, não se comunica. Para a corrente que entende que a qualificadora é circunstância elementar, aplicando-se, então, a regra das elementares, comunica-se.

2. DA APLICAÇÃO DA PENA

De acordo com o art. 59 do CP, para a aplicação da pena, leva-se em conta:

- *a intensidade do dolo:* o grau de culpa interessa na dosagem da pena. A premeditação pode representar uma intensidade de dolo maior;
- *os antecedentes criminais:* são os registros criminais que podem representar inquéritos ou processos. Entende-se que processos em andamento e absolvições por insuficiência de prova

configuram maus antecedentes. Há, entretanto, um segundo entendimento de que somente condenações definitivas podem ser consideradas como maus antecedentes.

Há, ainda, outras circunstâncias judiciais que influenciam na dosagem da pena:

- personalidade do agente (perfil psicológico);
- conduta social;
- comportamento da vítima (pode atenuar ou agravar);
- consequências do crime (ex.: exaurimento).

3. DAS CIRCUNSTÂNCIAS

As circunstâncias legais podem ser genéricas (quando previstas na Parte Geral do CP) ou específicas (quando previstas na Parte Especial do CP, ou em Leis Especiais).

3.1. Genéricas

3.1.1. Agravantes

Previstas nos arts. 61 e 62 do CP. No art. 61, existem dois incisos; no inc. I encontra-se a agravante da reincidência (a reincidência se aplica tanto nos crimes dolosos quanto nos culposos); no inc. II encontram-se várias outras agravantes (ex.: crime contra mulher grávida, crime contra cônjuge etc.). Todas as agravantes relacionadas no inc. II somente se aplicam aos crimes dolosos. No art. 62, encontram-se as agravantes que somente se aplicam ao autor do crime em concurso de agentes.

3.1.2. Atenuantes

Previstas no art. 65 do CP (ex.: ser o condenado menor de 21 anos na data do fato, confissão espontânea, coação moral resistível etc.). Além do art. 65, o art. 66 dispõe que o juiz poderá levar em conta qualquer outra atenuante que não foi prevista em lei (circunstâncias atenuantes inominadas).

3.1.3. Causas de aumento e diminuição

A lei dispõe de quanto será o aumento, portanto, sempre que houver aumento em proporção expressamente disposta, será causa de aumento. Da mesma forma, sempre que houver diminuição em proporção expressamente disposta, será causa de diminuição (ex.: tentativa é causa de diminuição genérica).

3.2. Específicas

3.2.1. Causa de aumento e diminuição

Como exemplos de causas de aumento específicas podemos citar o art. 9.º da Lei dos Crimes Hediondos, o emprego de arma no crime, o concurso de agentes. Violenta emoção e pequeno valor da *res furtiva* são causas de diminuição específicas. Quando a causa de diminuição está prevista na Parte Especial do CP, somente será aplicada no crime do qual a causa é parágrafo, por esse motivo a causa é chamada de privilégio.

3.2.2. Qualificadoras

Não se confundem com causas de aumento. Qualificadora é aquela circunstância que eleva os limites mínimo e máximo da pena.

4. DA APLICAÇÃO DA PENA

Aplicação da pena é a aplicação dessas circunstâncias em uma determinada ordem. O critério utilizado pelo CP é o critério trifásico (proposto por Nelson Hungria). Possui três fases de aplicação da pena. Em primeiro lugar, devem-se identificar os limites da pena. Para isso deve-se saber se o crime é simples ou qualificado.

Portanto, em primeiro lugar devem-se observar as qualificadoras. Identificadas as qualificadoras, passa-se às fases da aplicação da pena:

- *1.ª fase (art. 59 do CP)*: verifica-se, em primeiro lugar, se há circunstâncias judiciais; o grau de culpabilidade influi na dosagem da pena. A culpabilidade é medida pela intensidade do dolo (crime doloso), grau de culpa, antecedentes criminais etc. Nessa primeira fase, a lei não diz quanto o juiz aumenta ou diminui (fica a critério do julgador). Em hipótese alguma a pena poderá ficar abaixo do mínimo e acima do máximo.
- *2.ª fase*: levam-se em conta as agravantes e as atenuantes genéricas. Também nessa fase a pena jamais poderá ficar abaixo do mínimo. São aplicáveis as circunstâncias agravantes e atenuantes da parte geral. As agravantes estão prescritas nos arts. 61 e 62 do CP. Além das agravantes, temos as atenuantes genéricas previstas nos arts. 65 e 66 do CP. Valem as mesmas observações feitas na *1.ª fase*. Circunstâncias atenuantes inominadas (art. 66 do CP): se não estiver presente nenhuma das atenuantes do art. 65 do CP, mas mesmo assim o juiz entender que há algo que devia levar em conta, pode fazê-lo.
- *3.ª fase*: observam-se as causas de aumento e de diminuição.

MÓDULO X

1. CONCURSO DE CRIMES

1.1. Conceito

O concurso de crimes ocorre quando o mesmo agente realiza dois ou mais crimes. Há uma pluralidade de crimes. Existem dois sistemas para a aplicação da sanção penal nas hipóteses de concurso de crimes: sistema do cúmulo material e sistema da exasperação da pena.

1.1.1. Sistema do cúmulo material

Consiste na simples soma das penas, ou seja, se o agente praticar cinco crimes, por exemplo, ser-lhe-ão aplicadas cinco penas.

1.1.2. Sistema da exasperação da pena

Aplica-se a pena de um só dos crimes, aumentando-a de um determinado *quantum*.

1.2. Formas

Existem três formas de concurso de crimes: concurso material, concurso formal e crime continuado.

1.2.1. Concurso material ou real

Ocorre quando são praticadas duas ou mais infrações penais, idênticas ou não, mediante a prática de duas ou mais condutas, ou seja, várias condutas, vários crimes; cada conduta corresponde a um crime diferente. Pode ser:

- *homogêneo*: quando as condutas são idênticas, ou seja, da mesma espécie;
- *heterogêneo*: quando as infrações são diversas, ou seja, quando se trata de crimes de espécies diferentes.

Nos casos de concurso material, será aplicado o sistema do cúmulo material, e as penas serão somadas.

1.2.2. Concurso formal ou ideal

Ocorre quando o agente, mediante uma única conduta, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não. Pode ser:

- *Homogêneo*: quando os crimes praticados são da mesma espécie.
- *Heterogêneo*: quando os crimes são de espécies diferentes.
- *Próprio ou perfeito*: quando os resultados derivam de um único desígnio (ex.: o sujeito pega uma arma para matar uma pessoa; atira na pessoa e acerta um terceiro; tinha um só desígnio: atingir a vítima, mas acabou atingindo uma terceira pessoa).
- *Impróprio ou imperfeito*: quando os resultados derivam de desígnios autônomos. Pode ocorrer tanto o dolo direto quanto o dolo eventual (aceitar o risco de produzir os resultados). Há, entretanto, uma corrente doutrinária que entende que somente haverá concurso formal impróprio com dolo direto. Nos casos de concurso formal, aplica-se o sistema da exasperação da pena, ou seja, aplica-se a pena de um dos delitos (o mais grave quando for heterogêneo), aumentando-se de $\frac{1}{6}$ até $\frac{1}{2}$. O aumento varia de acordo com o número de resultados.

Concurso material benéfico ocorre quando a pena, resultante da aplicação da regra do concurso formal, ficar maior do que a soma das penas. Nesse caso, aplica-se a regra do concurso material no lugar da regra do concurso formal, já que essa foi criada para beneficiar e não para prejudicar.

1.2.3. Crime continuado

Ocorre quando o agente, mediante duas ou mais condutas, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, os quais, pelas semelhantes condições de tempo, lugar e modo de execução, podem ser havidos uns como continuação dos outros. As características do crime continuado são:

- *Crimes da mesma espécie*: são os crimes previstos no mesmo tipo penal, pouco importando se na forma tentada ou consumada, simples ou qualificados.
- *Semelhantes condições*: devem ser praticados em condições semelhantes de tempo (tem-se entendido que o tempo de 30 dias entre os crimes dá ensejo à continuidade delitiva), lugar (entre cidades próximas, pode-se falar em crime continuado) e modo de execução (o modo de execução deve ser idêntico). Devem estar preenchidas todas as características.

Quanto ao elemento subjetivo do crime continuado, há duas teorias:

- *Teoria puramente objetiva*: a vontade do sujeito é irrelevante, ou seja, não há necessidade de o agente ter vontade de aproveitar-se das mesmas circunstâncias deixadas pelo crime anterior.
- *Teoria objetivo-subjetiva*: além das circunstâncias objetivas semelhantes, há necessidade da presença de um elemento subjetivo, ou seja, da vontade de o agente aproveitar-se das mesmas circunstâncias deixadas pelo crime anterior. O Ministério Público segue a linha da Teoria objetivo-subjetiva, sustentando que não se pode confundir crime continuado com habitualidade no crime ou intensa vontade de delinquir.

Para o crime continuado, segue-se o sistema da exasperação da pena, ou seja, aplica-se a pena de um dos crimes, aumentando-se de $\frac{1}{6}$ a $\frac{2}{3}$. O aumento varia de acordo com o número de crimes.

Crime continuado específico: ocorre nos crimes dolosos cometidos com violência ou grave ameaça contra a pessoa. A pena, nesse caso, é aumentada até o triplo.

A regra do concurso material benéfico também é aplicada aos casos de crime continuado, seja comum ou específico.

2. MEDIDAS DE SEGURANÇA

2.1. Conceito

É uma sanção penal que tem finalidade exclusivamente preventiva e é aplicada no intuito de submeter a tratamento o autor de um fato típico e ilícito que demonstrou ser portador de periculosidade.

2.2. Pressupostos

2.2.1. Prática da infração penal

- Se não ficar comprovada a autoria, não há como aplicar a medida de segurança.
- Se não há prova da materialidade, também não há como aplicar a medida de segurança.
- Se o agente praticou o fato acobertado por exclusão da ilicitude, também não há como aplicar medida de segurança.

No procedimento do Júri, a absolvição sumária é aplicada quando há causa de exclusão da ilicitude ou quando há causa de exclusão de imputabilidade. Nesse último caso, haverá a absolvição sumária e a imposição da medida de segurança (absolvição imprópria).

- Na hipótese de crime impossível, também não se aplica medida de segurança.
- Quando ausentes dolo e culpa, não se impõe medida de segurança.

2.2.2. Periculosidade

É a potencialidade do agente para realizar ações danosas. A periculosidade é demonstrada por meio da

inimputabilidade, ou seja, revela-se pela falta de capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou pela falta de capacidade de se orientar de acordo com esse entendimento.

A periculosidade pode ser:

- *Presumida*: ocorre na hipótese do inimputável. O inimputável que pratica infração penal é sempre considerado perigoso e, por esse motivo, sempre receberá medida de segurança.
- *Real*: é aquela que precisa ser demonstrada e comprovada na prática. É o que ocorre na hipótese do semi-imputável. Nem todo semi-imputável necessita de medida de segurança. Deve-se verificar se é hipótese de periculosidade ou se é hipótese em que cabe pena.

2.3. Sistemas

2.3.1. Vicariante

Pelo sistema vicariante é impossível a aplicação cumulativa de pena e medida de segurança. O juiz deve optar entre uma e outra. No caso de imputável, receberá pena; no caso de inimputável, receberá medida de segurança; no caso de semi-imputável, receberá pena ou medida de segurança.

2.3.2. Duplo binário

De acordo com este sistema, aplica-se pena de medida de segurança. Esse sistema não é aplicado hoje no Brasil.

2.4. Espécies de Medidas de Segurança

Existem 2 espécies :

- *Medida de segurança detentiva*: é a internação na casa de custódia e tratamento psiquiátrico (manicômio). Essa medida de segurança é obrigatória para crimes apenados com reclusão.
- *Medida de segurança restritiva*: consiste no tratamento ambulatorial. O condenado fica em liberdade e vai algumas vezes por semana ao consultório médico. Essa medida de segurança pode ser aplicada a crimes apenados com detenção.

2.5. Prazo

A medida de segurança é aplicada por tempo indeterminado, portanto, não tem um prazo certo, podendo durar até a vida inteira do condenado. Após um prazo mínimo, entretanto, que deve terminar em 1 a 3 anos (de acordo com a gravidade do crime), será realizado um exame de cessação da periculosidade.

Se a periculosidade não cessou (exame negativo), o internado deve ter seu exame renovado de ano em ano. Excepcionalmente, o exame de cessação da periculosidade pode ser feito antes do decurso do prazo mínimo.

2.6. Desinternação e Liberação

Caso esteja cessada a periculosidade, o sujeito será desinternado (no caso de internação) ou liberado (no caso de tratamento ambulatorial), porém, condicionalmente, pois, se dentro do prazo de um ano praticar qualquer fato indicativo de sua periculosidade, a medida de segurança será restabelecida (não há necessidade da prática de um crime; qualquer fato praticado em desacordo com a normalidade pode restabelecer a medida de segurança).

2.7. Medida de Segurança na Lei de Tóxicos

A internação do dependente somente será determinada quando necessária, ou seja, não importa se o crime for de reclusão ou de detenção – sempre será aplicado tratamento ambulatorial e somente haverá internação quando necessária.

A internação em clínica particular sempre será possível quando não houver vaga em estabelecimento

público.

2.8. Conversão da Pena em Medida de Segurança

Se durante a execução da pena sobrevier perturbação mental, ela será convertida em medida de segurança. Depois que o juiz da execução converter a pena em medida de segurança, se for feito um exame e constatada a ausência de periculosidade, o indivíduo deverá ser liberado

2.9. Semi-Imputável

O juiz deve optar entre pena e medida de segurança. Essa escolha deve ser fundamentada. Se optar pela pena, essa será diminuída de 1/3 a 2/3. Essa redução é um direito público subjetivo do acusado.

3. SURSIS

3.1. Conceito

Benefício consistente na suspensão da execução da pena privativa de liberdade, mediante condições impostas pelo juiz, após o preenchimento dos requisitos legais.

3.2. Natureza Jurídica

- 1.^a posição: trata-se de um direito público subjetivo do acusado.
- 2.^a posição: faculdade do juiz, uma vez que se trata de modo alternativo de cumprimento de penas.

3.3. Requisitos

a) *Objetivos*

- Qualidade da pena: tem de ser privativa de liberdade.
- Quantidade da pena: deve ser igual ou inferior a dois anos.
- Impossibilidade de substituição por pena restritiva dos direitos.

b) *Subjetivos*

- Não reincidência em crime doloso: reincidente em crime doloso é aquele que foi condenado definitivamente pela prática do crime doloso (condenação transitada em julgado por crime doloso) e, após, praticou outro crime doloso.

A condenação por crime político e por crime militar próprio não gera a reincidência. Logo, pode ser concedido o *sursis*. Condenação por crime doloso em que foi aplicada multa e posterior prática de crime doloso gera a reincidência em crime doloso, porém, cabe o *sursis*.

- Circunstâncias judiciais favoráveis (art. 59 CP).

3.4. Espécies de *Sursis*

3.4.1. *Comum*

- *Etário*: é o concedido para o condenado maior de 70 anos. É cabível se a pena for igual ou inferior a 4 anos. O período de prova varia de 4 a 6 anos.
- *Humanitário*: é idêntico ao etário, porém concedido por motivo de saúde.

Todos os *sursis* podem ser simples ou especial.

- *Simple*s: quando no primeiro ano do período de prova o condenado fica sujeito a prestação de serviço à comunidade ou a limitação de fim de semana
- *Especial*: quando as condições forem: proibição de freqüentar determinados lugares e proibição de se ausentar da Comarca sem previa autorização do juiz, e comparecimento mensal obrigatório em

Juízo.

Além dessas condições, tanto o *sursis* simples como o especial podem ter outras a critério do juiz, que são chamadas de condições jurídicas.

3.5. Revogação do *Sursis*

Pode ser:

- *Obrigatória*: o juiz está obrigado a revogar o *sursis*.
- *Facultativa*: o juiz pode:
 - advertir novamente o condenado;
 - exacerbar as condições impostas;
 - prorrogar o período de prova até o máximo;
 - revogar o benefício.

3.5.1. Causas de revogação obrigatória do *sursis*

- Condenação transitada em julgado pela prática de crime doloso.
- Não reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo.
- Se o indivíduo frustrar a execução da multa (está revogada essa causa revogatória).
- Descumprimento das condições legais do *sursis* simples.

3.5.2. Revogação facultativa

- Condenação transitada em julgado pela prática de crime culposo ou contravenção, salvo se imposta pena de multa.
- Descumprimento de qualquer outra condição.

3.6. Prorrogação e Extinção Automática do *Sursis*

Se o condenado estiver sendo processado pela prática de crime ou contravenção penal, o período de prova será prorrogado até o trânsito em julgado do processo.

Durante o período da prorrogação, não subsistem as condições impostas (art. 81, § 2.º, do CP).

Terminado o período de prova, se não houver motivo para a revogação, está extinta a pena.

3.7. *Sursis* e Lei dos Crimes Hediondos

São incompatíveis.

3.8. Audiência Admonitória

É uma audiência de advertência. O condenado será advertido de todas as suas condições e do não cumprimento delas.

Só pode ser realizada após o trânsito em julgado (art.160 da LEP).

4. DO LIVRAMENTO CONDICIONAL

4.1. Conceito

É a antecipação provisória da liberdade após o cumprimento de parte da pena, mediante certas condições.

4.2. Distinção com o *Sursis*

O *sursis* suspende a execução da pena; a pena não é executada. O livramento condicional pressupõe a

execução de parte da pena.

4.3. Natureza Jurídica

É um incidente na execução da pena privativa de liberdade. É um direito público subjetivo do condenado. O juiz não pode negar o livramento condicional desmotivadamente.

4.4. Requisitos

São objetivos e subjetivos.

4.4.1. Objetivos

- Pena privativa de liberdade.
- Essa pena deve ser igual ou superior a 2 anos.
- Reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo.
- Cumprimento de parte da pena:
 - Deve ser cumprido 1/3, se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes.
 - Deve ser cumprida a metade, se o condenado for reincidente em crime doloso.
 - Se não for reincidente em crime doloso, mas tiver maus antecedentes, a solução é escolher uma fração entre 1/3 e 1/2, de acordo com os antecedentes.
 - Devem ser cumpridos 2/3, no caso de condenação por crime previsto na lei dos crimes hediondos

4.4.2. Subjetivos

- Comportamento carcerário satisfatório.
- Bom desempenho no trabalho que lhe for atribuído durante a execução da pena.
- Possibilidade de obter ocupação lícita.
- Para crimes dolosos, cometidos com violência ou grave ameaça contra a pessoa, é necessário mais um requisito: comprovação de que o condenado está apto a conviver em sociedade.
- Para crimes previstos na lei dos crimes hediondos, é necessário mais um requisito: não ser reincidente em nenhum dos crimes previstos nessa lei (reincidência específica). Reincidente em tráfico e estupro não tem direito ao livramento.

4.5. Condições

São obrigatórias ou facultativas.

4.5.1. Obrigatórias

- Comparecimento mensal obrigatório em Juízo.
- Não sair da Comarca sem avisar o Juízo.
- Obter ocupação lícita dentro de um prazo razoável.

4.5.2. Facultativas

São aquelas que o juiz pode impor, além das obrigatórias.

- Não mudar de endereço sem avisar o juiz.
- Recolher-se em sua residência após determinado horário.
- Proibição de frequentar determinados lugares.

4.6. Revogação do Livramento Condicional: Obrigatória e Facultativa

4.6.1. Obrigatória

- Se houver condenação a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível, por crime cometido durante a vigência do benefício.
- Se houver condenação a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível, por crime anterior.

4.6.2. *Facultativa*

- Condenação transitada em julgado por contravenção penal ou pena não privativa de liberdade.
- Descumprimento de qualquer das condições impostas na sentença.

Na revogação facultativa, se o juiz não revogar, pode exacerbar as condições impostas ou pode chamar o réu para conversar (advertir o sentenciado).

4.7. Efeitos da Revogação do Livramento

É feita uma audiência de advertência antes do livramento condicional. Ex.: houve condenação de 12 anos; o condenado não é reincidente em crime doloso e tem bons antecedentes. Terá que ficar preso por 1/3 da pena (= 4 anos). Pode cumprir solto 8 anos. Se, faltando 2 anos para terminar o livramento condicional, advier uma condenação com trânsito em julgado, o livramento é revogado. O réu terá que ficar preso por 8 ou 2 anos? Depende. Se o novo crime foi praticado na vigência do livramento, vai ter que cumprir os 8 anos de prisão. Assim, se pelo novo crime for condenado a um ano, vai ter que ficar 8 anos preso e, quando começar a cumprir a nova pena de 1 ano é que terá direito ao livramento, depois de cumprida a metade (= 6 meses). Mas, se o crime foi praticado antes do livramento condicional, se o livramento é revogado faltando 2 anos, só terá que cumprir 2 anos. Esses dois anos vão ser somados ao 1 ano (= 3 anos) e o réu poderá obter novo livramento condicional depois de cumprir 1/2 de 3 anos.

4.8. Descumprimento de Condição

Trata-se de causa de revogação facultativa, mas o réu terá que cumprir preso todo o tempo de livramento caso esse seja revogado.

PERGUNTA: Se o sujeito está sendo processado durante o benefício, o juiz deve prorrogar o período de livramento condicional até terminar esse processo?

RESPOSTA: Só se prorroga o livramento condicional se o réu estiver sendo processado por crime cometido na vigência do benefício.

O juiz não pode revogar o livramento condicional por estar o réu sendo processado.

5. REABILITAÇÃO

Arts. 93 e ss. do Código Penal.

Trata-se de declaração judiciária de que o condenado está regenerado.

Pressuposto básico para reabilitação: é preciso que haja condenação anterior. Inimputável submetido a medida de segurança: não cabe a reabilitação.

5.1. Efeitos

Hoje possui mais efeito moral que prático. Na prática, tem dois efeitos:

- assegura o sigilo da condenação (boletim de antecedentes criminais sem anotações). Art. 202 da LEP;
- reconquista direitos atingidos pela penas específicas.

–*Perda da função pública:* o réu reabilitado readquire o direito a concorrer a cargos públicos.

–*Perda de pátrio poder:* com a reabilitação, o indivíduo reconquista o pátrio poder, mas nunca em relação ao filho contra quem ele cometeu o crime.

–*Inabilitação para dirigir veículo:* com a reabilitação, o indivíduo adquire o direito de se habilitar novamente ou de se habilitar pela primeira vez. Deve fazer novos testes.

5.2. Natureza Jurídica

Trata-se de causa suspensiva de alguns efeitos secundários da condenação.

5.3. Competência

É competente o Juízo da sentença.

5.4. Pluralidade de Condenações

No caso de pluralidade de condenações, o pedido é individualizado. (Uma reabilitação para uma condenação.)

5.5. Procedimento

Arts. 743 e ss. do Código de Processo Penal.

5.6. Recurso

Concedida a reabilitação, o recurso é o de apelação. Se concedida, a lei exige, também, o recurso *ex-officio*, isto é, o juiz sempre remete a decisão ao Tribunal.

Para fins de concurso público: o recurso subsiste, art. 746 do CPP: recurso *ex-officio*. Na prática, não.

5.7. Requisitos para Obter a Reabilitação

- Decurso do prazo de 2 anos depois da extinção da pena. O prazo é o mesmo para reincidentes ou primários.
- Domicílio no país durante aquele prazo (acima referido).
- Bom comportamento público (vida pública, escolar etc.) ou privado (junto com a família).
- Reparação do dano, salvo a impossibilidade de fazê-lo (ex.: se a dívida já prescreveu).

O requerente tem que comprovar todos os requisitos. São requisitos cumulativos, todos devem ser provados.

Negada a reabilitação, pode ser pedida outra vez, desde que suprida a falta precedente.

5.8. Revogação da Reabilitação

5.8.1. Causa para revogar

Quando o réu for condenado novamente como reincidente, irrecorrível a pena que não seja de multa. Durante 5 anos, o réu estará em observação. Se advier uma condenação depois dos 5 anos, não é mais reincidente, não há mais revogação.

5.8.2. Efeitos da revogação

O réu perde todos os direitos que havia conquistado ou reconquistado.

PERGUNTA: Depois de revogada, pode ser pedida nova reabilitação?

RESPOSTA: Sim. O indivíduo terá que cumprir todas os requisitos para pedir nova reabilitação (pois é um estímulo para que não cometa mais infrações).

MÓDULO XI

1. DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

1.1. Causas Extintivas da Punibilidade

1.1.1. Prescrição (art. 107, inc. IV)

Prescrição penal é a perda (extinção) da pretensão de punir do Estado, face à sua inércia em satisfazê-la durante os prazos legais. Natureza jurídica: é um instituto de Direito Penal, pois é uma causa de extinção da punibilidade. Tem por fundamentos: o combate à desídia e à inconveniência de se punir o infrator muito tempo depois do crime. A prescrição, em regra, alcança todas as infrações penais; porém, a Constituição Federal traz como infrações imprescritíveis:

- crimes de racismo (art. 5.º, inc. XLII);
- crimes referentes a ações de grupos armados, civis ou militares, contra ordem constitucional e o Estado democrático – ações de terrorismo – (art. 5.º, inc. XLIV).

Cabe ressaltar que os crimes de tortura não são imprescritíveis.

- Espécies de prescrição:
 - prescrição da pretensão punitiva;
 - prescrição da pretensão executória.

a) Prescrição da pretensão punitiva (art. 109 do CP)

É a perda pelo Estado do direito de punir, no tocante à pretensão do Poder Judiciário de julgar a lide e aplicar a sanção abstrata.

Espécies de prescrição da pretensão punitiva:

- prescrição da pretensão punitiva propriamente dita;
- prescrição da pretensão punitiva intercorrente, superveniente ou posterior;
- prescrição da pretensão punitiva retroativa;
- prescrição da pretensão punitiva perspectiva, projetada, antecipada ou virtual.

Conforme estabelece o art. 111 do Código Penal, a prescrição da pretensão punitiva (antes de transitar em julgado a sentença final) começa a correr:

- do dia em que o crime se consumou (constitui exceção à adoção da teoria da atividade);
- no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;
- nos crimes permanentes, da data em que cessou a permanência;
- nos delitos de bigamia (art. 235 do CP) e de falsificação de registro civil (art. 299 do CP), da data em que o fato se tornar conhecido da autoridade.

Na hipótese de concurso de crimes, a prescrição incide isoladamente sobre cada crime (art. 119 do CP).

Como se calcula o prazo prescricional?

O prazo prescricional varia de acordo com a pena privativa de liberdade. Para saber qual o prazo de prescrição da pretensão punitiva, deve-se verificar o limite máximo da pena imposta *in abstracto*, no preceito sancionador, e enquadrá-lo em um dos incisos do art. 109 do CP.

As causas de aumento e de diminuição devem ser consideradas. Se o agente for menor de 21 anos na data do fato, ou maior de 70 anos na data da sentença, a prescrição deve ser reduzida pela metade. *Causas interruptivas da prescrição (art. 117 do CP):*

- Recebimento da denúncia ou da queixa

Na hipótese de co-autor ou partícipe não identificado, a interrupção se estende a ele.

O recebimento do aditamento não interrompe a prescrição. Se o aditamento incluir outra infração penal, o seu recebimento interrompe a prescrição, mas só com relação a esse novo crime.

- Sentença de pronúncia

Somente para os crimes dolosos contra a vida.

A pronúncia interrompe a prescrição também dos delitos conexos. Se houver recurso contra a pronúncia, o acórdão confirmatório também interrompe a prescrição.

- Publicação da sentença condenatória

A publicação não se dá com a colocação da sentença em imprensa, mas sim na data em que se torna pública, isto é, quando o juiz a entrega em cartório.

O acórdão que confirma a sentença condenatória não interrompe a prescrição. Se a sentença for absolutória, o acórdão condenatório interrompe a prescrição.

Sentença absolutória não interrompe a prescrição.

Sentença que concede perdão judicial não interrompe a prescrição (Súmula n. 18 do STJ)

Sentença que julga extinta a punibilidade não interrompe a prescrição.

A partir da publicação da sentença condenatória, a prescrição deve ser calculada de acordo com a pena aplicada na sentença.

O Ministério Público discorda dessa posição, pois dispõe que pode recorrer, e a pena pode aumentar. A partir, portanto, da publicação da sentença condenatória, a prescrição passa a ser calculada de acordo com a pena em concreto, desde que transitada em julgado para a acusação (prescrição de pretensão punitiva superveniente – art. 110, § 1.º, do CP).

Se o Tribunal negar provimento ao recurso do Ministério Público, a prescrição de pretensão punitiva também é calculada com base na pena fixada na sentença. Pressupostos da prescrição de pretensão punitiva superveniente:

- trânsito em julgado para o Ministério Público ;
- recurso improvido.

b) Efeitos da prescrição da pretensão punitiva

A prescrição da pretensão punitiva afasta todo e qualquer efeito da condenação.

c) Causas suspensivas da prescrição (art. 116 do CP)

Na suspensão da prescrição, o tempo decorrido antes da causa é computado no prazo, ou seja, cessado o efeito da causa suspensiva, a prescrição recomeça a correr, computando-se o tempo decorrido antes dela.
São causas suspensivas da prescrição:

- suspensão do processo para o deslinde de questão prejudicial;
- enquanto estiver suspenso o processo, não corre a prescrição;
- enquanto o agente estiver preso por outro motivo.

Suspende-se o processo para instauração do incidente de insanidade, mas *a prescrição não se suspende*. A prescrição sempre correrá, qualquer que seja a insanidade mental (posterior ou anterior aos fatos).

Se o incidente de insanidade mental conclui que o réu é portador de doença mental e que a mesma existia ao tempo da infração penal, o agente é inimputável e o processo segue para aplicação ou não de medida de segurança.

- suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95).
- art. 366 do Código de Processo Penal: suspensão do processo quando o réu, citado por edital, não comparece nem constitui defensor.
- expedição de carta rogatória: desde a expedição até a juntada aos autos.

- indeferimento de licença para processar parlamentar, ou ausência de deliberação a respeito. Desde a data em que se protocolou o pedido de licença, ou da data que indefere a licença.

d) Prescrição da pretensão punitiva da multa

Se a pena de multa for a única prevista ou a única aplicada, o prazo será de 2 anos.

Se a multa é prevista cumulativa ou alternativamente no tipo com pena privativa de liberdade, seu prazo de prescrição será o mesmo da pena privativa de liberdade.

Se a multa é aplicada cumulativamente com a pena privativa de liberdade, o prazo de prescrição é o mesmo da pena privativa.

e) Prescrição da pretensão executória

Na prescrição da pretensão executória, o decurso do tempo sem o seu exercício faz com que o Estado perca o direito de executar a sanção imposta na sentença condenatória. A prescrição da pretensão executória ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Nos termos do art. 110, *caput*, a prescrição, depois de transitar em julgado a sentença condenatória, regula-se pela pena imposta e verifica-se nos prazos fixados no art. 109, os quais são aumentados de 1/3 se o condenado é reincidente.

No concurso material e formal, cada delito tem seu prazo prescricional isolado, ainda que as penas tenham sido impostas na mesma sentença (art. 119 do CP).

Não corre a prescrição da pretensão executória durante o período de prova do *sursis* e do livramento condicional.

O reconhecimento da prescrição da pretensão executória, na hipótese do art. 110, *caput*, do Código Penal, somente impede a execução das penas e de eventual medida de segurança, subsistindo os efeitos secundários da condenação.

1.1.2. Anistia, Graça e Indulto (art. 107, inc. II, do CP)

São formas de renúncia do Estado ao direito de punir.

São chamadas de indulgência, clemência soberana ou graça em sentido amplo.

a) Anistia

É uma lei federal penal de efeitos retroativos, ou seja, é uma lei feita para o passado.

Se é uma lei penal, atinge os efeitos penais (principais e secundários). Os efeitos extrapenais subsistem. Só existe um caso em que a anistia afeta todos os efeitos: no caso de ser anterior ao trânsito em julgado.

Uma vez concedida, não pode ser revogada, já que sua revogação implicaria em retroatividade dos efeitos anteriores, prejudicando o agente.

A anistia é de atribuição do Congresso Federal (art. 48, inc. VIII, da CF).

b) Graça e Indulto

- Semelhanças:
 - são concedidos por decreto. O decreto é do Presidente da República, que pode delegar essa atribuição ao Procurador Geral da República ou ao Advogado Geral da União ou, ainda, ao Ministro da Justiça;
 - só extingue o efeito principal, que é a pena.
- Diferenças:
 - a graça é individual e depende de pedido do sentenciado;

- o indulto é uma medida coletiva e é concedida de ofício (não depende de provocação).

1.1.3. Decadência

A prescrição extingue o direito de punir (afeta a pretensão punitiva do Estado).

A decadência extingue o direito do ofendido, de oferecer a queixa ou a representação.

A decadência está prevista como causa extintiva de punibilidade porque, extinto o direito de queixa ou de representação, não há processo e, sem esse, não pode ser exercida a pretensão punitiva do Estado.

Como regra geral, o prazo da decadência é de seis meses, a contar do conhecimento da autoria. No caso da queixa subsidiária, o prazo começa a contar do término do prazo para o Ministério Público oferecer a denúncia (art. 103 do CP).

Se o ofendido for menor, haverá dois prazos decadenciais, um para o menor e o outro para seu representante legal (Súmula n. 594 do STF). Se o ofendido for menor de 18 anos, o prazo começa a correr da data em que esse completar 18 anos.

1.1.4. Perempção (art. 107, inc. IV do CP)

É uma sanção processual ao querelante desidioso. Só ocorre na ação penal exclusivamente privada (art. 60 do CPP).

Hipóteses de perempção da ação penal:

- processo parado por 30 dias seguidos;
- não comparecimento a ato em que deva estar presente;
- falta de pedido de condenação nas alegações finais;
- querelante que morre sem deixar sucessor, ou sucessores que não comparecem para assumir o processo nos 60 dias após a morte do querelante.

1.1.5. Casamento subsequente

- *do agente com a vítima (art. 107, inc. VII, do CP)*: nos crimes contra os costumes, incluindo o estupro e o atentado violento ao pudor, com violência real.
- *da vítima com terceiro (art. 107, inc. VIII, do CP)*: nos mesmos crimes, desde que o crime seja cometido sem violência real ou grave ameaça, e que a vítima não requeira o prosseguimento da ação penal ou do inquérito policial nos 60 dias após o matrimônio.

1.1.6. Renúncia ao direito de queixa e perdão do ofendido (art. 107, inc. V, do CP)

a) Diferenças:

- a renúncia é anterior, ao passo que o perdão é posterior à queixa;
- a renúncia é unilateral, enquanto o perdão depende da aceitação do querelado (ato bilateral).

b) Cabimento:

Só na ação penal exclusivamente privada. Isso porque só nela vigoram os princípios da oportunidade e da disponibilidade.

A renúncia e o perdão podem ser expressos ou tácitos.

A aceitação do perdão pode ser expressa ou tácita.

No caso de ofendido menor de 18 anos, cabe ao representante legal a concessão do perdão ou a renúncia.

Se o ofendido é menor de 21 anos e maior de 18 anos, cabe a ele ou ao representante legal. No caso de divergência, prevalece a vontade de quem quer o processo.

1.1.7. Retratação do agente

Retratar é voltar atrás, retirar o que disse.

Só extingue a punibilidade nos casos permitidos em lei:

- calúnia e difamação (art. 143 do CP): até a sentença de 1.º grau. Extingue a punibilidade somente para quem se retratou. Se o crime contra a honra for praticado por meio da liberdade de imprensa, a retratação extingue a punibilidade também da injúria;
- falso testemunho (art. 342, § 3.º, do CP): até a sentença de 1.ª instância. Extingue a punibilidade para todos.

1.1.8. Perdão judicial

Nada tem a ver com o perdão do ofendido. O perdão do ofendido é concedido pelo ofendido, ao passo que, o perdão judicial é concedido pelo juiz. O perdão do ofendido só é possível na ação penal exclusivamente privada, ao passo que, o perdão judicial é possível, tanto na ação pública como na ação privada, desde que a hipótese esteja prevista em lei.

a) Conceito

Segundo o prof. DAMÁSIO DE JESUS, "é o instituto pelo qual o juiz, não obstante comprovada a prática da infração penal pelo sujeito culpado, deixa de aplicar a pena em face de justificadas circunstâncias"¹.

b) Natureza jurídica

É uma faculdade do juiz e não um dos direitos públicos subjetivos do réu. O juiz, portanto, tem a discricionariedade de conceder ou não. Trata-se de causa extintiva da punibilidade.

c) Hipóteses legais

- Homicídio culposo ou lesão corporal culposa, se as circunstâncias do crime tornarem desnecessária a aplicação da pena.
- Na injúria, se as ofensas são recíprocas (retorsão imediata).
- Receptação culposa, dependendo das circunstâncias.
- Art. 176 do CP.
- Adultério, se os cônjuges já estavam separados de fato.
- Falsificação de registro civil, se foi falsificado por motivo nobre (adoção à brasileira).
- Crime falimentar, se o comerciante tem pouca instrução e explora comércio exíguo.
- Erro de direito na LCP.

Natureza jurídica da sentença que concede o perdão judicial: estabelece a Súmula n. 18 do Superior Tribunal de Justiça– "A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, *não subsistindo qualquer efeito condenatório*" (grifo nosso).

O Ministério Público entende que permanecem os efeitos secundários.

Só pode ser aplicado após o transcurso do processo, pois, antes do perdão, o réu tem o direito de ser absolvido.

2. DOS EFEITOS CIVIS DA SENTENÇA PENAL

A condenação irrecorrível produz efeitos:

- principais;
- secundários.

¹ *Direito Penal*. 23.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999. vol. 1.

² CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral – vol. I, 2.ª ed. São Paulo: Saraiva.

Efeitos principais: imposição das penas privativas de liberdade, restritiva de direitos, pecuniária e eventual medida de segurança.

Efeitos secundários: possuem natureza penal e extrapenal.

Os de natureza penal são: pressuposto da reincidência (art. 63 do CP); impede, em princípio, o *sursis* e causa a sua revogação (arts. 77, inc. I, e 81, inc. I e § 1.º, do CP); causa a revogação do livramento condicional (art. 86 do CP); aumenta o prazo da prescrição da pretensão executória (art. 110, *caput, in fine*, do CP); transitada em julgado, a prescrição da pretensão executória não se inicia, enquanto o condenado permanece preso por outro motivo (art. 116, par. ún., do CP); causa a revogação da reabilitação (art. 95 do CP); tem influência na exceção da verdade no crime de calúnia (art. 138, § 3.º, incs. I e III, do CP); impede o privilégio dos arts. 155, § 2.º; 170; 171, § 1.º; e 180, § 3.º, 1.ª parte, em relação ao segundo crime; todos do CP. Entre os de natureza extrapenal incluem-se os de natureza civil e administrativa, dentre eles: obrigação de reparar o dano resultante do crime (art. 91, inc. I, do CP); confisco (art. 91, inc. II, do CP); perda de cargo, função pública ou mandato eletivo (art. 92, inc. I, do CP); incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela (art. 92, inc. II, do CP); inabilitação para dirigir veículo (art. 92, inc. III, do CP).

2.1. Reparação Civil

O direito à indenização é assegurado pela Constituição Federal, art. 5.º, inc. V; pelo Código Civil, art. 159; pelo Código Penal, art. 91, inc. I; e pelo Código de Processo Penal, art. 63.

A sentença penal condenatória é declaratória quanto à indenização civil, pois não há mandamento expresso que obrigue a indenizar; no entanto, a lei concede-lhe natureza de título executório. Assim, com o trânsito em julgado, a execução no cível é somente referente ao *quantum* a ser indenizado.

O efeito civil da reparação do dano persiste, mesmo quando ocorrer a extinção da punibilidade (após o trânsito em julgado da sentença condenatória), e mesmo que ocorra a anistia.

Se o titular do direito à reparação for pobre, a execução será feita, a seu requerimento, pelo Ministério Público (art. 68 do CPP).

2.2. Actio civilis ex delicti

A princípio, a responsabilidade em uma esfera não prejudica a outra, conforme dispõe o art. 1.525 do Código Civil.

O ofendido, quando da ocorrência do delito, poderá:

- aguardar o desfecho na esfera penal e, advindo o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ingressar no Juízo Cível com o pedido de execução para efeito de reparação do dano;
- ou ingressar diretamente no Juízo Cível, com a ação civil de reparação do dano (*actio civilis ex delicti*).

Mas, se ambas estiverem em andamento, deve-se sobrestar o do Cível, para que não haja contradições nas decisões (art. 64 do CPP).

Ocorrendo o arquivamento do inquérito policial, ou mesmo que a decisão decrete a extinção de punibilidade, o ofendido terá direito a *actio civilis ex delicti*.

2.3. Absolvição Penal e Reparação Civil

A princípio, a sentença absolutória não impede a *actio civilis ex delicti*, em razão da independência das esferas (art. 66, CPP).

Os casos de absolvição criminal estão englobados no art. 386, incs. I a VI, do Código de Processo Penal, que são:

a) absolvição em face de estar provada a inexistência do fato

Em face de sentença absolutória penal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, *categoricamente*, reconhecida a inexistência material do fato;

b) absolvição criminal em face de não haver prova da existência do fato

Aplica-se o princípio *in dubio pro reo*, ou seja, na área cível, poder-se-á provar a existência do fato, no entanto, não fica impedido o exercício da ação de reparação do dano emergente da conduta;

c) absolvição criminal em face de o fato não constituir infração penal

Absolvido o réu, não há impedimento de propor ação no Cível, pois, o fato pode não ser ilícito penal, mas pode ser ilícito civil;

d) absolvição criminal em face de não existir prova de ter o réu concorrido para a prática da infração penal

É o caso de haver dúvida se o réu realmente praticou o delito; assim, deve ser absolvido. Como o juiz não excluiu categoricamente a imputação de autoria, não impede a propositura no Juízo Cível.

e) absolvição criminal em face de não existir prova suficiente para a condenação

É o caso de o réu não conseguir demonstrar que agiu acobertado por uma das causas excludentes da ilicitude ou da culpabilidade, restando dúvida ao juiz a respeito da ocorrência de uma dessas causas. O réu será absolvido, o que não obsta a propositura de ação civil;

f) absolvição criminal em face de existir causa de exclusão da antijuridicidade ou da culpabilidade

A absolvição criminal com base nas causas de exclusão da antijuridicidade, em regra, exclui o exercício da ação civil de reparação do dano. Só não o exclui quando a lei civil, embora reconhecendo a licitude do fato, determina a obrigação do ressarcimento do dano. São dois os casos:

- arts. 1.519 e 1.520 do Código Civil;
- art. 1.540 do Código Civil.

Não pode haver ação civil de reparação do dano, quando esse é resultado de ato praticado em legítima defesa contra o autor da agressão. Se, porém, o ato atingir pessoa inocente, a legítima defesa não impede a ação civil de reparação do dano. No entanto, se ocorrer a legítima defesa putativa, persiste a possibilidade de ingressar com a ação civil, pois subsiste a ilicitude. Também a absolvição por ausência de culpa não impede a ação civil, desde que, no Juízo Penal, não tenha sido reconhecida categoricamente a inexistência material do fato (art. 66 do CPP).

2.4. Confisco

É a perda de bens do particular em favor do Estado.

O confisco, como efeito da condenação, será (art. 91, II, do CP):

- dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito – trata-se dos *instrumentos sceleris*, objetos empregados para a realização do crime—, mas, somente os descritos é que podem ser confiscados;
- do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso – trata-se dos *producta sceleris*. O Código também autoriza o confisco de qualquer outro bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do crime, como o *pretium sceleris*.

2.4.1. Efeitos específicos

O art. 92 do Código Penal, com redação dada pela Lei n. 9.268/96, descreve quais são os efeitos específicos da condenação.

Art. 92, inc. I, do CP – o Código prevê crimes funcionais, que se encontram nos arts. 312 a 326.

A perda do mandato eletivo é reservada para crimes mais graves e difere da proibição do exercício de mandato eletivo, que constitui pena restritiva de direitos (CP, art. 47, inc. I). Reabilitado, o condenado poderá exercer outro mandato, não aquele que perdeu.

A incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, depende de duas condições:

- que o crime seja doloso;
- que seja cominada pena de reclusão.

Trata-se de incapacidade permanente.

A inabilitação para dirigir veículo, depende de dois requisitos:

- que o crime seja doloso;
- que o veículo tenha sido usado como meio para a prática do delito.

Em todos os casos do artigo supra, o efeito deve ser motivadamente declarado na sentença; é o que dispõe o parágrafo único do mesmo.

Dos Crimes Contra a Pessoa Dos Crimes Contra a Vida

Excluindo o homicídio culposo, todos os crimes contra a vida são dolosos e, portanto, julgados pelo Tribunal do Júri.

MÓDULO XII

Dos Crimes Contra a Pessoa

Dos Crimes Contra a Vida

1. HOMICÍDIO - ART. 121 DO CÓDIGO PENAL

São três os tipos (espécies):

- homicídio simples;
- homicídio privilegiado;
- homicídio qualificado.

Tipo ou preceito primário de norma penal: matar alguém.

Pena ou preceito secundário de norma penal: reclusão de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

1.1. Homicídio Simples

Eliminação da vida humana extra-uterina, provocado por outra pessoa.

1.1.1. Objeto jurídico (bem jurídico tutelado)

Vida humana. É um crime simples, pois tem apenas um bem jurídico tutelado. Crimes complexos são aqueles em que a lei protege mais de um bem jurídico.

1.1.2. Sujeito ativo

Qualquer pessoa (crime comum). Os crimes próprios só podem ser praticados por determinadas pessoas.

O homicídio admite co-autoria e participação.

- *Co-autoria:* duas ou mais pessoas praticam a conduta descrita no tipo.
- *Participação:* quando não comete qualquer conduta descrita no tipo, mas de alguma forma contribui para o crime.

Exemplo: aquele que empresta a arma, incentiva.

Para que exista co-autoria e participação, é necessário o chamado liame subjetivo, ou seja, a ciência por parte dos envolvidos de que estão colaborando para um fim comum.

1.1.3. Classificação

É um crime simples, comum, instantâneo, material e de dano.

Que vem a ser autoria colateral?

Ocorre quando duas ou mais pessoas querem cometer o mesmo crime e agem ao mesmo tempo, sem que uma saiba da intenção da outra, e o resultado morte decorre da conduta de um só agente, que é identificado no caso concreto. O que for identificado responderá por homicídio consumado e o outro por tentativa.

Que se entende por autoria incerta?

Ocorre quando, na autoria colateral, não se consegue identificar o causador da morte e, nesse caso, ambos respondem por tentativa de homicídio.

1.1.4. Sujeito passivo

Qualquer ser humano após seu nascimento e desde que esteja vivo.

Crime impossível: tem a finalidade de afastar a tentativa por absoluta impropriedade do meio ou do objeto. Há crime impossível por absoluta impropriedade do objeto na conduta de quem tenta tirar a vida de pessoa já morta e, neste caso, não há tentativa de homicídio, ainda que o agente não soubesse que a vítima estava morta. Haverá também crime impossível, mas por absoluta ineficácia do meio, quando o agente usa, por exemplo, arma de brinquedo ou bala de festim.

1.1.5. Consumação

Dá-se no momento da morte (crime material). A morte ocorre quando cessa a atividade encefálica (Lei da Doação de Órgãos). A prova da materialidade se faz por meio do laudo de exame necroscópico assinado por dois legistas, que devem atestar a ocorrência da morte e se possível as suas causas.

1.1.6. Tentativa

- *Tentativa branca de homicídio:* ocorre quando o agente pratica o ato de execução, mas não atinge o corpo da vítima que, portanto, não sofre qualquer dano em sua integridade corporal.
- *Tentativa cruenta de homicídio:* ocorre quando a vítima é atingida, sendo apenas lesionada². Tentativa de homicídio diferencia-se de lesão corporal consumada: o que distingue é o dolo (intenção do agente).
- *Lesão seguida de morte:* não confundir com a hipótese de progressão criminosa, em que o agente inicia a execução querendo apenas lesionar e depois altera o seu dolo e resolve matar. Consequência: o agente só responde pelo homicídio que absorve as lesões corporais.
- *Desistência Voluntária:* o agente só responde pelos atos já praticados. Ocorre quando, por exemplo, ele efetua um disparo contra a vítima e percebe que não a atingiu de forma mortal, sendo que, na sequência, voluntariamente deixa de efetuar novos disparos, apesar de ser possível fazê-lo. O agente responde só por Lesões Corporais. Não há tentativa, por não existir circunstância alheia à vontade do agente que tenha impedido a consumação.

1.1.7. Elemento subjetivo

- *Dolo direto:* quando a pessoa quer o resultado.
- *Dolo eventual:* não quer, mas assume o risco de produzir o resultado.

No caso de homicídio decorrente de racha de automóveis (art.308 do CTB), os Tribunais têm entendido que se trata de homicídio com dolo eventual.

2. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO - ART. 121, § 1.º, DO CÓDIGO PENAL

2.1. Natureza Jurídica

Causa de diminuição de pena (redução de 1/6 a 1/3, em todas as hipóteses).

Apesar de o parágrafo trazer a expressão “pode”, trata-se de uma obrigatoriedade, para não ferir a soberania dos veredictos. O privilégio é votado pelos jurados e, se reconhecido o privilégio, a redução da pena é obrigatória, pois do contrário estaria sendo ferido o princípio da soberania dos veredictos. Trata-se, portanto, de um direito subjetivo do réu.

As hipóteses são de natureza subjetiva porque estão ligadas aos motivos do crime:

- Motivo de relevante valor moral (nobre): diz respeito a sentimentos do agente que demonstre que houve uma motivação ligada a uma compaixão ou algum outro sentimento nobre. É o caso da

² CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral, vol. I, 2.ª ed. São Paulo: Saraiva.

- eutanásia.
- Motivo de relevante valor social: diz respeito ao sentimento da coletividade. Exemplo: matar o traidor da Pátria.
- Sob domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima. Requisitos:

Existência de uma injusta provocação (não é injusta agressão, senão seria legítima defesa). Ex.: adultério, xingamento, traição. Não é necessário que a vítima tenha tido a intenção específica de provocar, bastando que o agente se sinta provocado.

Que, em razão da provocação, o agente fique tomado por uma emoção extremamente forte.

Reação imediata (logo em seguida...): não pode ficar evidenciada uma patente interrupção entre a provocação e a morte. Leva-se em conta o momento em que o sujeito ficou sabendo da provocação.

Qual a diferença entre o privilégio da violenta emoção com a atenuante genérica homônima?

No privilégio, a lei exige que o sujeito esteja sob o domínio de violenta emoção, enquanto na atenuante, basta que o sujeito esteja sob a influência da violenta emoção. O privilégio exige reação imediata, já a atenuante não.

3. HOMICÍDIO QUALIFICADO - ART. 121, § 2.º, DO CÓDIGO PENAL

Pena: reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

3.1. Classificação

- *Quanto aos motivos*: incs. I e II.
- *Quanto ao meio empregado*: inc. III (aquilo que causou a morte).
- *Quanto ao modo de execução*: inc. IV.
- *Por conexão*: inc. V.

3.1.1. Inciso I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe

Na paga ou promessa de recompensa, há a figura do mandante e do executor. Ambos respondem pela forma qualificada. Também chamado de homicídio mercenário.

A paga é prévia em relação à execução. Na promessa de recompensa, o pagamento é posterior à execução. Mesmo se o mandante não a cumprir, existirá a qualificadora para os dois.

Motivo torpe: demonstra a maldade do sujeito em relação ao motivo do delito. É o motivo vil, repugnante. Ex.: matar o pai para ficar com herança; matar a esposa porque ela não quer manter relação sexual. O ciúme *não* é considerado motivo torpe. A vingança será considerada, ou não, motivo torpe ou fútil dependendo do que a tenha originado.

3.1.2. Inciso II - motivo fútil

Matar por motivo de pequena importância, insignificante. Exemplo: matar por causa de uma fechada no trânsito. A ausência de prova, referente aos motivos do crime, não permite o reconhecimento dessa qualificadora. Ciúme não caracteriza motivo fútil. A existência de uma discussão "forte", precedente ao crime, afasta o motivo fútil, ainda que a discussão tenha se iniciado por motivo de pequena importância, pois entende-se que a causa do homicídio foi a discussão e não o motivo anterior que a havia originado.

3.1.3. Inciso III - emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou que possa representar perigo comum.

a) Emprego de veneno

É necessário que seja inoculado de forma que a vítima não perceba. Se o veneno for introduzido com violência ou grave ameaça, será aplicada a qualificadora do meio cruel. Certas substâncias que são inofensivas para a população em geral, poderão ser consideradas como veneno em razão de condições de

saúde peculiares da vítima, como no caso do açúcar para o diabético.

b) Emprego de fogo

Temos como exemplo o caso do índio pataxó.

c) Emprego de explosivo

Exemplo de bombas caseiras em torcidas de futebol. Eventual dano ao patrimônio alheio ficará absorvido pelo homicídio qualificado pelo fogo ou explosivo.

d) Emprego de asfixia

Causa o impedimento da função respiratória. Formas de asfixia:

- Asfixia mecânica
- *Esganadura*: apertar o pescoço da vítima.
- *Estrangulamento*: passar fio, arame etc. no pescoço da vítima causando a morte. É a própria força do agente atuando, mas não com as mãos.
- *Enforcamento*: há emprego de fio também, porém é a força da gravidade que faz com que o peso da vítima cause sua morte.
- *Sufocação*: é a utilização de algum objeto que impeça a entrada de ar nos pulmões da vítima. (ex.: introduzir algodão na garganta da vítima).
- *Afogamento*: imersão em água.
- *Soterramento*: enterrar vivo.
- *Imprensamento ou sufocação indireta*: impedir o movimento respiratório colocando, por exemplo, um peso sobre o tórax da vítima.
- Asfixia tóxica:
 - *Uso de gás asfixiante*: monóxido de carbono, por exemplo.
 - *Confinamento*: trancar alguém em lugar fechado de forma a impedir a troca de ar (ex.: enterrar alguém vivo dentro de caixão).

e) Emprego de tortura ou qualquer meio insídioso ou cruel

Deve ser a causa direta da morte. Trata-se de meios que causam na vítima intenso sofrimento físico ou mental. A reiteração de golpes, dependendo da forma como ela é utilizada, pode ou não caracterizar a qualificadora de meio cruel (ex.: apedrejamento, paulada, espancamento, etc.). Eventual mutilação praticada após a morte caracteriza crime autônomo de destruição de cadáver (art. 211, do CP).

Crime de tortura com resultado morte (pena: de 8 a 16 anos). A diferença entre homicídio qualificado homicídio por tortura está no elemento subjetivo (dolo). No homicídio qualificado, há dolo na morte e, no crime tortura, esta é culposa: o agente quer apenas torturar, mas culposamente provoca morte. Trata-se de crime preterdoloso (dolo no antecedente e culpa no conseqüente – art. 1.º, § 3.º, da Lei n. 9.455/97).

Meio insídioso: uso de fraude, armadilha, parecendo não ter havido infração penal, e sim um acidente, como no caso de sabotagem nos freios do automóvel.

f) Emprego de qualquer meio do qual possa resultar perigo comum

Gera perigo a um número indeterminado de pessoas. Não é necessário que o caso concreto demonstre o perigo comum, basta que se comprove que o meio usado poderia causar dano a várias pessoas. Ainda que não haja uma situação de risco específico.

O que ocorre, todavia, se no caso concreto o agente, além de matar a vítima, efetivamente expõe outras pessoas a perigo? A doutrina entende que há homicídio qualificado em concurso formal com o crime de perigo comum (art. 250 e ss. do CP). Mas há entendimento divergente no sentido de ocorrer *bis in idem*. Até porque o dolo é diferente, se o agente atua com o dolo de dano, não pode agir com dolo de perigo.

3.1.4. Inciso IV – à traição, de emboscada ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido

Refere-se à maneira que o sujeito usou para aproximar-se da vítima.

a) Traição

Aproveitar-se da prévia confiança que a vítima deposita no agente para alvejá-la (ex.: amizade, relação amorosa etc).

b) Emboscada ou tocaia

Aguardar escondido a passagem da vítima por um determinado local para matá-la.

c) Dissimulação

Uso de artifício para se aproximar da vítima. Pode ser:

- *Material*: dá-se com o uso de disfarce, fantasia ou métodos análogos para se aproximar.
- *Moral*: a pessoa usa a palavra. Sujeito dá falsas provas de amizade ou de apreço para poder se aproximar.

d) Qualquer outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima

Quando uma pessoa armada mata outra desarmada, a jurisprudência não configura a qualificadora por razão de política criminal (ex.: surpresa, disparo pelas costas, vítima desacordada).

3.1.5. Inciso V – para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime

O inciso refere-se às qualificadoras por conexão, que podem ser:

a) Teleológica

Quando a morte visa assegurar a execução de outro crime (ex.: matar o segurança para seqüestrar o empresário). Haverá concurso material entre o homicídio qualificado e o outro delito, salvo se houver crime específico no CP para esta situação (ex.: latrocínio, mata para roubar).

b) Consequencial

Ocorre quando a morte visa garantir:

- ocultação de outro crime;
- impunidade: evitar que alguém seja penalizado (ex. matar testemunha);
- vantagem (ex.: ladrões de banco – um mata o outro).

Na conexão teleológica, primeiro o agente mata e depois comete o outro crime. Na consequencial, primeiro comete o outro crime, depois mata.

Se o agente visa a garantia da execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de uma contravenção, será aplicada a qualificadora do motivo torpe ou fútil, conforme o caso. Não incide o inciso V, pois, esse se refere expressamente a outro crime .

3.2. Comentários

- Premeditação não é qualificadora.
- Homicídio de pessoa da mesma família não gera qualificadora, apenas agravante genérica do art. 61, II, “e”.
- Parricídio: matar qualquer ascendente.
- Quando os jurados reconhecem duas ou mais qualificadoras, o juiz deve aplicar a pena utilizando-se de uma delas para qualificar e as outras como agravantes genéricas do art. 61 do Código Penal.

O art. 121, § 2.º, do Código Penal tem mais ou menos vinte qualificadoras.

No art. 61 há trinta circunstâncias agravantes. As vinte primeiras, desse artigo, são as vinte qualificadoras do art. 121, § 2.º. Há repetição de texto, motivo que enseja a utilização das qualificadoras excedentes como circunstâncias agravantes. O que não ocorre nos demais crimes em que se utiliza uma qualificadora e as outras são consideradas circunstâncias judicial do art. 59 do Código Penal.

As qualificadoras podem ser de duas espécies:

- *subjetivas*: referem-se aos motivos do crime (inc. I, II e V);
- *objetivas*: referem-se aos meios e modos de execução (inc. III e IV).

As qualificadoras se estendem aos co-autores ou partícipes?

Somente as *objetivas* se comunicam, desde que tenham ingressado na esfera de conhecimento do co-autor ou partícipe. As de caráter *subjetivo* são incomunicáveis, conforme dispõe o art. 30 do Código Penal.

O delito disposto no art. 121 do Código Penal pode ser qualificado e privilegiado ao mesmo tempo?

Sim, desde que as qualificadoras sejam *objetivas*, pois as hipóteses que tratam do privilégio são todas de natureza *subjetiva*— tornando-se inconciliáveis com as qualificadoras subjetivas.

No momento da quesitação, quando do julgamento pelo Júri, o privilégio é votado antes das qualificadoras (Súmula n. 162 do STF). Assim, se os jurados o reconhecerem, o juiz coloca em votação apenas as qualificadoras objetivas, já que as subjetivas ficam prejudicadas.

Atualmente, o homicídio qualificado é crime hediondo.

O homicídio privilegiado-qualificado é considerado crime hediondo?

Existem duas correntes:

- PROFESSOR DAMÁSIO: quando há agravante e atenuante genérica, deve se dar preponderância à circunstância de caráter subjetivo. Por analogia, concorrendo privilégio e qualificadora, prevalece o privilégio, já que, no caso, a qualificadora será obrigatoriamente objetiva. Como corolário, o crime não é hediondo.
- *Aceita pela jurisprudência*: inaplicável a analogia ao art. 67, porque qualificadora e privilégio são elementos que não se equivalem. Ao contrário do que ocorre com as agravantes e atenuantes genéricas. A qualificadora deve preponderar, porque modifica a própria estrutura típica do delito, alternando a pena *in abstracto*, enquanto que o privilégio é apenas causa de diminuição de pena.

4. HOMICÍDIO CULPOSO - ART. 121, § 3.º, DO CÓDIGO PENAL

Pena: detenção de 1 (um) a 3 (três) anos.

A morte decorre de imprudência, negligência ou imperícia.

- *Imprudência*: consiste numa ação, conduta perigosa.
- *Negligência*: é uma omissão quando se deveria ter tomado um certo cuidado.
- *Imperícia*: ocorre quando uma pessoa não possui aptidão técnica para a realização de uma certa conduta e mesmo assim a realiza, dando causa a morte.

Culpa concorrente: quando duas pessoas agem de forma culposa, provocando a morte de um terceiro. Ambos respondem pelo crime.

O fato de a vítima também ter agido com culpa não exclui a responsabilidade do agente. Não há compensação de culpas em Direito Penal.

5. AUMENTO DE PENA ART. 121, § 4.º, DO CÓDIGO PENAL

5.1. No Homicídio Culposo

A pena será aumentada de 1/3 (um terço):

a) Se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima

Só se aplica a quem agiu com culpa e não socorreu. Não se aplica o aumento:

- se a vítima está evidentemente morta;
- se a vítima foi socorrida de imediato por terceiro;
- quando o socorro não era possível por questões materiais, ameaça de agressão, etc.

b) Se o agente foge para evitar o flagrante

c) Se o agente não procurar diminuir as consequências de seu ato.

d) Se o crime resulta da inobservância de regra técnica de arte, profissão ou ofício.

Como diferenciá-la da imperícia? A diferença é que na imperícia o agente não possui aptidão técnica para a conduta, enquanto na causa de aumento o agente conhece a técnica, mas por descaso, desleixo, não a observa, provocando assim a morte.

5.2. No Homicídio Doloso

A pena será aumentada de 1/3, se a vítima for menor de 14 anos.

6. PERDÃO JUDICIAL - ART. 121, § 5.º, DO CÓDIGO PENAL

O Juiz poderá conceder o perdão judicial, deixando de aplicar a pena, quando as consequências do crime atingirem o próprio agente de forma tão grave que a imposição da mesma se torne desnecessária. Só na sentença é que poderá ser concedido o perdão judicial.

6.1. Natureza Jurídica do Perdão Judicial

Causa extintiva de punibilidade (art. 107, IX, do CP).

6.2. Natureza Jurídica da Sentença que Concede o Perdão Judicial

Tem natureza declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo seus efeitos. Atualmente, a divergência que antes existia foi pacificada pela edição da Súmula n. 18 do Superior Tribunal de Justiça, que diz que a sentença é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer dos seus efeitos. Havendo dois réus, o juiz poderá conceder o perdão a apenas um deles.

7. HOMICÍDIO CULPOSO NO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

Art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro: praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor.

Penas:

- Detenção de 2 a 4 anos – não cabe a suspensão condicional do processo (*sursis* – suspensão condicional da pena);
- Proibição ou suspensão da permissão para dirigir, ou da carteira de habilitação.

O prazo de proibição ou suspensão é fixado pelo juiz, podendo ir de 2 meses a 5 anos.

A proibição ou suspensão aplica-se ainda que o juiz tenha concedido o *sursis*.

Parágrafo único: causa de aumento de pena (1/3 a 1/2):

I - se o agente não tem permissão ou habilitação para dirigir;

II - se o crime ocorre na faixa de pedestre ou na calçada;

III - se o agente deixa de prestar socorro à vítima, quando possível;

IV - se o agente, no exercício de sua profissão ou atividade, está na condução de veículo de transporte de passageiros.

Art. 299 do Código de Trânsito Brasileiro – vetado. O perdão judicial foi vetado porque já constava no Código Penal. Apesar de ter sido vetado, é aplicável aos acidentes de trânsito.

MÓDULO XIII

1. INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO OU AUXÍLIO AO SUICÍDIO – ART. 122 DO CÓDIGO PENAL

Crime de participação em suicídio.

Suicídio é a supressão voluntária e consciente da própria vida. Havendo violência ou grave ameaça, o crime será de homicídio. A violência ou grave ameaça exclui a voluntariedade e, por consequência, o suicídio. O autor da coação responderá por homicídio. A fraude exclui a consciência quanto ao suicídio, portanto ocorrerá homicídio, respondendo o autor da fraude por esse delito.

1.1. Núcleos do Tipo

- *Induzir*: dar a idéia a alguém que ainda não tinha pensado em suicídio, ou seja, criar a idéia de suicídio na cabeça da vítima.
- *Instigar*: reforçar a idéia suicida preexistente.
- *Auxiliar*: participação material, já que o agente colabora com a própria prática do suicídio. Ex.: emprestar corda, arma, veneno etc. O auxílio deve ser acessório, ou seja, não poderá ser a causa direta da morte, pois, se for, o crime será de homicídio.

O induzimento e a instigação são formas de participação moral, enquanto o auxílio é forma de participação material.

Induzir, instigar e prestar auxílio à mesma vítima: o crime será único quando o agente realizar mais de uma conduta, pois trata-se de crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, ou ainda, tipo misto alternativo.

P: Pode ser praticado por omissão?

R: Em regra, não. Dependendo do caso, poderá ocorrer omissão de socorro. Mas para quem tem o dever jurídico de evitar o resultado e pode evitá-lo, há duas correntes:

- MIRABETE e MAGALHÃES NORONHA entendem que haverá o crime do art. 122 do Código Penal com fundamento no art. 13, § 2.º, do mesmo diploma;
- DAMÁSIO DE JESUS, FRAGOSO e FREDERICO MARQUES entendem que o art. 13, § 2.º, do Código Penal não pode ser aplicado, porque os verbos do art. 122 do Código Penal são incompatíveis com a figura omissiva. De acordo com essa visão, portanto, quem tem o dever jurídico de agir responderá por omissão de socorro, que será qualificada, pois houve morte.

1.2. Sujeito Passivo

Qualquer pessoa que tenha alguma capacidade de discernimento e resistência. Quem não pode ser vítima: criança e pessoas com desenvolvimento mental retardado. Esses casos caracterizarão homicídio.

1.3. Elemento Subjetivo

Dolo direto ou eventual. O exemplo de dolo eventual verifica-se no caso da pessoa que estimula outra a praticar roleta russa. Se várias pessoas praticam roleta russa, uns estimulando os outros, haverá crime se alguém morrer. Deve haver seriedade na conduta. Se alguém, por brincadeira, diz para outrem se matar, e ele se mata, não há dolo. Não há previsão legal de forma culposa no tipo do art. 122 do Código Penal. Livros ou músicas que possam estimular o suicídio não geram a responsabilidade de seus autores por ausência de dolo em relação a uma pessoa ou a pessoas determinadas.

Deve haver nexo causal (relação de causa e efeito) entre o auxílio prestado e o modo pelo qual a vítima se matou. Ex.: no caso de emprestar uma corda e a vítima se matar com um tiro, não há nexo, assim, aquele que emprestou a corda não responderá por auxílio ao suicídio.

1.4. Pena

No caso de morte, a pena será de dois a seis anos de reclusão; se a vítima sofrer lesão grave, de um a três anos de reclusão. Concluiu-se que o legislador não quis punir as outras hipóteses, como a lesão leve e a forma culposa.

1.5. Consumação

Ocorre quando a vítima morre ou sofre lesões graves. Consideram-se a lesão grave ou a morte elementares do crime (estas geralmente se encontram no tipo, mas, no crime do art. 122 do Código Penal, constam na pena).

Não cabe tentativa, uma vez que, na hipótese em que a vítima sofre lesão grave, o crime se considera consumado, pois, como há pena autônoma, na parte especial não se utiliza o art. 14, inc. II, do Código Penal (tentativa).

Ocorrendo lesão leve, o fato será atípico.

1.6. Aumento de Pena – Art. 122, par. ún., do Código Penal

A pena será duplicada:

- quando praticado o crime por motivo egoístico;
- 1.^a parte: se a vítima for menor (18 anos – menoridade penal). Se a vítima, entretanto, em face da menoridade, não tiver qualquer capacidade para o entendimento, o crime será de homicídio.
P: Qual o critério para essa distinção?
R: Primeira corrente: a prova deve ser feita caso a caso. Segunda corrente: critério objetivo, ou seja, basta que a vítima tenha menos de 14 anos para ser considerado homicídio (por analogia ao art. 224 do Código Penal – analogia *in malam partem*, o que não se admite em Direito Penal);
- 2.^a parte: se a vítima, por qualquer causa, tiver diminuída sua capacidade de resistência. Atente-se à expressão “diminuída”, pois, se a capacidade da vítima for nula, haverá homicídio.

2. INFANTICÍDIO – ART. 123 DO CÓDIGO PENAL

2.1. Tipo Penal

Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após. Pena: detenção de dois a seis anos.

2.2. Elementares do Crime

Matar: aplicam-se as regras do homicídio quanto a esse verbo (consumação, tentativa etc.).

Estado puerperal: alteração psíquica que acontece em grande número de mulheres em razão de alterações orgânicas decorrentes do fenômeno do parto.

Pergunta: Deve ser provado o estado puerperal ou ele se presume?

Resposta: Tem de ser provado por perícia médica, mas, se os médicos ficarem em dúvida sobre sua existência e o laudo for inconclusivo, será presumido o estado puerperal, aplicando-se o *in dubio pro reo*.

- *Próprio filho:* é o sujeito passivo, nascente ou recém nascido.

Se a mulher, por erro, mata o filho de outra, supondo ser o dela, responderá por infanticídio (art. 20, § 3.º, do Código Penal – erro quanto à pessoa).

Não são aplicadas as agravantes genéricas de crime contra descendente e de crime contra criança por constituírem elementos essenciais do crime.

- *Durante ou logo após o parto:* este é o elemento temporal, ou seja, o crime só poderá ser praticado

em um determinado momento.
Considera-se início do parto a dilatação do colo do útero, e fim do parto, o nascimento.

A expressão "logo após" variará conforme o caso concreto, pois a duração do estado puerperal difere de uma mulher para outra.

Diferenças entre o infanticídio e o abandono de recém-nascido qualificado pela morte (art. 134, § 2.º, do Código Penal): no infanticídio existe dolo de matar e a mulher age em razão do estado puerperal, enquanto no abandono, o dolo é apenas o de abandonar o recém-nascido para ocultar desonra própria, e o evento morte decorre da culpa.

2.3. Sujeito Ativo

É a mãe que esteja sob estado puerperal (crime próprio).

P: É possível concurso de pessoas? R: Sim, incide o art. 30 do Código Penal (não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime). O estado puerperal é uma circunstância de caráter pessoal, porém é elementar do crime de infanticídio, portanto alcança os participantes, que responderão pelo delito.

Há uma corrente que afirma ser o estado puerperal uma condição personalíssima, incomunicável. Mas a lei não fala em condição de caráter personalíssimo. Prevalece, todavia, a doutrina oposta, infanticídio para a mãe e para terceiro.

O infanticídio não possui forma culposa. Assim, se a morte da criança resulta de culpa da mãe, mesmo que esta esteja sob a influência do estado puerperal, o crime será de homicídio culposo (HUNGRIA e MIRABETE). Para uma segunda corrente (DAMÁSIO DE JESUS), estando a mulher sob a influência do estado puerperal, não se pode exigir dela uma conduta de cuidado (cuidado do homem comum) e prudência, sendo, portanto, atípico o fato (incompatibilidade entre a conduta culposa e o estado puerperal).

3. ABORTO – ARTS. 124 A 128 DO CÓDIGO PENAL

3.1. Conceito

É a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto. O aborto pode ser natural, acidental ou provocado (ele é criminoso ou é legal).

3.2. Aborto Criminoso (arts. 124 a 126 do Código Penal)

3.2.1. Art. 124 do Código Penal

Traz duas figuras que punem a mulher grávida. São dois casos de crime próprio, sendo o sujeito passivo sempre o feto.

- *Auto-aborto*: praticar aborto em si mesma.

Aborto consentido: consentir que terceiro provoque aborto. O terceiro responderá pelo art. 126, que contém pena maior. Esta é uma exceção à regra de que todos que colaboram para um crime respondem nos mesmos termos de seu autor principal (exceção à teoria monista ou unitária. É uma exceção expressa).

A pena para quem provoca aborto com o consentimento da gestante é de um a quatro anos. Se ocorrer a morte da gestante, de dois a oito anos. O aumento é aplicável na hipótese de morte culposa, porque, se o agente tinha dolo em relação ao aborto e em relação à morte, haverá dois crimes autônomos (aborto e homicídio). O crime do art. 126 do Código Penal pressupõe que a autorização da mulher dure até a consumação do aborto.

Pergunta: É possível que terceiro responda pela prática de aborto sem o consentimento da gestante quando o consentimento foi dado e durou até a consumação?

Resposta: Sim, nas cinco hipóteses do art. 126, par. ún., do Código Penal, que determinam que o consentimento deve ser desconsiderado: quando houver violência, grave ameaça ou fraude na obtenção do consentimento (vontade viciada); se a gestante for menor de 14 anos ou doente mental (ausência de capacidade de entendimento do ato).

- *Consumação:* o aborto consuma-se com a morte do feto.

Tentativa: é possível.

Elemento subjetivo: só existe na forma dolosa. Não existe crime autônomo de aborto culposo.

Quem, por imprudência, dá causa a um aborto responde por crime de lesão corporal culposa, sendo vítima a mulher (gestante). Porém, se foi a própria gestante que, por imprudência, deu causa ao aborto, o fato será atípico, já que não existe a autolesão.

Manobras abortivas em quem não está grávida constituem crime impossível por absoluta impropriedade do objeto.

O aborto é um crime de ação livre (pode ser praticado por qualquer meio), mas desde que seja um meio apto a provocar a morte do feto, caso contrário, haverá crime impossível.

Se a gravidez era de gêmeos e a pessoa que praticou o aborto não sabia, há crime único para evitar a responsabilidade objetiva. Se sabia que eram gêmeos, responde pelos dois crimes de aborto (concurso formal impróprio ou imperfeito: uma ação, dois resultados, cuja consequência é a soma de penas).

3.2.2. Art. 127 do Código Penal – forma qualificada

Se a gestante sofre lesão grave, a pena é aumentada em um terço.

Se a gestante morre, a pena é aumentada em dobro. Só vale para o aborto praticado por terceiro, consentido ou não pela gestante (arts. 125 e 126).

A forma qualificada não é aplicada ao art. 124 por expressa disposição.

3.3. Aborto Legal – Art. 128 do Código Penal

Prevê duas hipóteses em que a provocação do aborto é permitida.

- *Natureza jurídica:* causa de exclusão de ilicitude.
- *Inc. I:* aborto necessário. Requisitos:
 - que seja feito por médico;
 - que não haja outro meio para salvar a vida da gestante.

Não se exige risco atual, como no estado de necessidade. Ante a simples constatação de que no futuro haverá perigo, poderá o aborto ser realizado desde logo. Havendo perigo atual, o aborto pode ser praticado por qualquer pessoa, aplicando-se nesse caso o estado de necessidade.

- *Inc. II:* aborto sentimental. Requisitos:
 - que seja feito por médico;
 - que a gravidez tenha resultado de estupro;
 - que haja o consentimento da gestante ou, se incapaz, de seu representante legal.

Não se exige a autorização judicial. Na prática, basta o boletim de ocorrência.

Pergunta: Como o art. 128, inc. II, do Código Penal só permite o aborto se a gravidez resultar de estupro, é permitido o aborto também quando a gravidez resultar de crime de atentado violento ao pudor?

Resposta: A doutrina é unânime em dizer que sim. Aplica-se a analogia *in bonam partem* (em favor do causador do aborto). O atentado violento ao pudor é o único crime análogo ao estupro porque ambos são cometidos com violência ou grave ameaça e atingem o mesmo bem jurídico, que é a liberdade sexual.

MÓDULO XIV

Dos Crimes Contra a Pessoa

1. LESÕES CORPORAIS – ART. 129, DO CÓDIGO PENAL

Art. 129, *caput*, do Código Penal: “ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem”.

Ofensa à integridade corporal consiste no dano anatómico prejudicial ao corpo humano. Exemplo: corte, queimadura, mutilações etc.

Observações:

Equimose: constitui lesão. É a roxidão que fica na pele (rompimento dos vasos sangüíneos sob a pele).

Hematoma: equimose onde houve um extravasamento de sangue maior, ocorrendo um inchaço. Caracteriza a lesão.

Eritema: vermelhidão passageira na pele, não constitui lesão.

Dor: também não é lesão.

Corte não autorizado de cabelo ou barba: caracteriza lesão corporal, salvo se a intenção do agente for a de humilhar a vítima, quando será caracterizada injúria real.

Ofensa à saúde é a provocação de perturbações de caráter psicológico e/ou fisiológico. Exemplo: transmitir intencionalmente uma doença, paralisia momentânea etc.

A provocação de mais de uma lesão em um mesmo contexto caracteriza crime único.

1.1. Sujeito Ativo

Qualquer pessoa.

1.2. Sujeito Passivo

Qualquer pessoa, salvo no caso de autolesão – que a lei não pune, já que a figura típica é ofender a outrem. A autolesão pode, entretanto, constituir crime de outra natureza – autolesão para receber seguro (art. 171, § 2.º, inc. V, do CP), ou criação de incapacidade para frustrar a incorporação militar (art. 184 do COM). **1.3. Consumação**

No momento em que a vítima é atingida.

1.4. Tentativa

É possível. Difere da contravenção de vias de fato (art. 21 da LCP), pois, na tentativa, o agente quer lesionar a vítima, mas não consegue, ao passo que as vias de fato se caracterizam por serem uma agressão na qual não resulta lesão, pois o agente não tinha essa intenção.

Se o agente agride sem a intenção de lesionar, mas lesiona, ocorre a lesão corporal culposa, que afasta as vias de fato.

1.5. Lesão Leve

Por exclusão, é toda lesão que não for grave e nem gravíssima. *Pena:* detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

1.5.1. Ação penal

O art. 88 da Lei n. 9.099/95 transformou a lesão corporal dolosa leve em crime de ação penal pública, condicionada à representação. A jurisprudência e a doutrina estenderam a exigência da representação para

as vias de fato.

PERGUNTA: O médico pode fazer uma cirurgia sem o consentimento do paciente? **RESPOSTA:** Se a cirurgia for de urgência (estado de necessidade), sim. Se a cirurgia não é de emergência, o médico deve obter o consentimento (exercício regular de um direito).

1.5.2. Lesão decorrente de esporte

Não há crime, desde que tenha havido respeito às regras do jogo (exercício regular de direito).

1.6. Lesão Grave – Art. 129, § 1.º, do Código Penal

Pena: de 1 (um) a 5 (cinco) anos de reclusão.

1.6.1. Inciso I – se resulta incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias

É necessário o exame complementar, realizado no primeiro dia após o período de 30 dias, para comprovar a materialidade da lesão grave (art. 168, § 2.º, do CPP).

Atividade habitual é qualquer atividade rotineira na vida da vítima, exceto a ilícita.

1.6.2. Inciso II – se resulta perigo de vida

É uma hipótese preterdolosa, o sujeito não quer a morte. O perito deve dizer claramente em que consistiu o perigo de vida, e o Promotor de Justiça deve transcrever na denúncia.

1.6.3. Inciso III – se resulta debilidade permanente de membro, sentido ou função.

Membros são os apêndices do corpo (braços e pernas). Exemplo: cortar o tendão do braço, causando perda parcial do membro. Os sentidos são o tato, o olfato, a visão, o paladar e a audição. Exemplo: diminuição da capacidade de enxergar, ouvir etc.

A função consiste no funcionamento de órgãos ou aparelhos do corpo humano.

A debilidade é o enfraquecimento, a diminuição, a redução; deve ser permanente (não é a mesma coisa que perpétua), ou seja, é a lesão de recuperação incerta e improvável e cuja cessação eventual ocorrerá em data incalculável.

1.6.4. Inciso IV – aceleração do parto

Caracteriza-se pela antecipação da data do nascimento. Pressupõe o nascimento com vida. Para evitar a responsabilidade objetiva, é necessário que o agente saiba que a mulher está grávida..

1.7. Lesão Gravíssima – Art. 129, § 2.º, do Código Penal

Pena: reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

1.7.1. Inciso I – se resulta incapacidade permanente para o trabalho

É mais específico que o § 1.º, inc. I. A incapacidade deve ser para todo e qualquer tipo de trabalho (posição majoritária). O Prof. MIRABETE diz que a incapacidade da vítima para o trabalho já qualifica o crime.

1.7.2. Inciso II – se resulta moléstia incurável

Transmissão intencional de uma doença para a qual não existe cura. Para uma corrente, a transmissão intencional de AIDS tipifica a tentativa de homicídio. Para outra, caracteriza lesão gravíssima, pela transmissão de moléstia incurável.

1.7.3. Inciso III – se resulta perda ou inutilização de membro, sentido ou função

- *por mutilação*: ocorre pela própria ação lesiva, é o corte de uma parte do corpo da vítima;
- *por amputação*: feita pelo médico, posteriormente à ação, para salvar a vida da vítima.

Na inutilização, o membro permanece ligado ao corpo da vítima, ainda que parcialmente, mas totalmente inapto para a realização de sua atividade própria. Observações:

- *Com relação aos membros*: o decepamento de um dedo ou a perda parcial dos movimentos do braço constitui lesão grave, ou seja, mera debilidade. Havendo paralisia total, ainda que seja de um só braço, ou se houver mutilação da mão, a lesão é gravíssima pela inutilização de membro.
- *em relação aos sentidos*: há alguns sentidos que se perfazem por órgãos duplos (visão e audição). A provocação de cegueira, ainda que completa, em um só olho constitui apenas debilidade permanente. O mesmo ocorre com a audição.
- *Com relação à função*: temos como exemplo a perda da função reprodutora.

1.7.4. Inciso IV – se resulta deformidade permanente

Está ligado ao dano estético. Exemplo: queimadura por fogo, ácido (vitriolagem), ou cicatriz. Requisitos:

- Que o dano estético seja razoável, ou seja, de uma certa monta.
- Deve ser permanente, isto é, não se reverte com o passar do tempo. Se a vítima se submeter a uma cirurgia plástica e houver a correção, desclassifica-se o delito. Se a cirurgia plástica for possível, mas a vítima não a fizer, persiste o crime, pois a vítima não está obrigada a fazer a cirurgia. Se a deformidade surgiu de um erro médico, tem-se dois crimes (lesão dolosa em relação ao primeiro e lesão culposa em relação ao médico).
- Que a lesão seja visível.
- Que seja capaz de provocar impressão vexatória. A deformidade estética deve ser algo que reduza a beleza física da vítima.

1.7.5. Inciso V – se resulta aborto.

Hipótese exclusivamente preterdolosa. Há dolo na conduta de agredir e culpa em relação ao aborto. Porque, se houver dolo em relação ao aborto, o agente responde por lesão grave em concurso com aborto. É necessário que o agente saiba que a mulher está grávida. Isso para evitar a chamada responsabilidade objetiva.

1.8. Lesão Corporal Seguida de Morte – Art. 129, § 3.º, do Código Penal

Pena: reclusão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

É também um crime preterdoloso no qual há dolo (na lesão) e culpa (no resultado morte).

Se não houver dolo na agressão (lesão), trata-se de homicídio culposo.

Caracterizará progressão criminosa se houver dolo inicial de lesão e, durante a execução, o agente resolver matar a vítima. Nesse caso, responderá pelo homicídio doloso (crime mais grave).

1.9. Lesão Corporal Privilegiada – Art. 129, § 4.º, do Código Penal

As hipóteses de privilégio das lesões corporais são as mesmas do homicídio privilegiado. O privilégio só se aplica nas lesões dolosas, e é uma causa de redução de pena de 1/6 a 1/3.

1.10. Substituição da Pena - Art. 129, § 5.º do Código Penal

“O juiz, não sendo graves as lesões, pode ainda substituir a pena de detenção pela de multa”, nas seguintes hipóteses:

- quando as lesões forem leves;
- quando estiver presente uma das causas de privilégio;

- quando as lesões forem leves e recíprocas e nenhum dos envolvidos tenha atuado em legítima defesa, pois, se essa for verificada, haverá absolvição.

1.11. Lesão Corporal Culposa – Art. 129, § 6.º, do Código Penal

Aplicam-se todos os institutos do homicídio culposo, inclusive os que se referem às causas de aumento de pena e também às regras referentes ao perdão judicial (§§ 7.º e 8.º do art. 129 do CP). A pena para lesão culposa é de 2 (dois) meses a 1 (um) ano de detenção.

No Código de Trânsito Brasileiro (art. 303), porém, a lesão corporal culposa, com o agente na direção de veículo automotor, recebe pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e suspensão da habilitação.

A composição quanto aos danos civis extingue a punibilidade, tanto da lesão culposa do Código Penal quanto do Código de Trânsito Brasileiro. Exige-se representação, porque a ação penal é pública condicionada. Na lesão culposa, não há figura autônoma decorrente da gravidade da lesão cujo grau (leve, grave ou gravíssimo) é irrelevante para caracterizar lesão corporal culposa, afetando apenas a tipificação da pena em concreto.

2. DA PERICLITAÇÃO DA VIDA E DA SAÚDE DE OUTREM

2.1. Perigo Para a Saúde ou Vida de Outrem – Art. 132 do Código Penal

2.2. Objetividade Jurídica

A vida e a saúde da pessoa.

2.3. Sujeito Ativo

Qualquer pessoa.

2.4. Sujeito Passivo

Qualquer pessoa. Não se exige qualquer vinculação ou ligação jurídica entre autor e vítima.

2.5. Tipo Objetivo

Expor alguém a perigo significa criar ou colocar a vítima em uma situação de perigo de dano. Trata-se de crime de ação livre, que admite qualquer forma de execução: “fechar” veículo, abalroar o veículo da vítima, desferir golpe com instrumento contundente próximo à vítima etc. O crime em análise pode também ser cometido por omissões como, por exemplo, o caso de patrão que não fornece aparelhos de proteção a seus funcionários, desde que disso resulte situação concreta de perigo, já que o não cumprimento das normas de segurança, visto por si só, caracteriza contravenção penal do art. 19 da Lei n. 8.213/91 (legislação referente a benefícios previdenciários e acidentários). É necessário, ainda, que o perigo seja:

Direto: aquele que atinge pessoa(s) certa(s) e determinada(s). Trata-se, pois, de crime de perigo concreto, uma vez que exige prova de que o agente objetivava efetuar a conduta contra uma ou mais pessoas determinadas. Se o agente visa número indeterminado de pessoas, haverá crime de perigo comum previsto nos arts. 250 e ss. do Código Penal.

Iminente: aquele que pode provocar imediatamente o dano; é o perigo imediato.

2.6. Pena

Ao tratar da pena desse delito, o legislador estabeleceu uma hipótese de subsidiariedade expressa, porque a lei diz que o agente somente responderá pelo art. 132 do Código Penal “se o fato não constitui crime mais grave”.

Até pouco tempo, o agente que efetuasse disparo de arma de fogo próximo à vítima, na via pública,

respondia pelo crime em estudo; caso efetuasse o disparo para cima, sem expor pessoa determinada a perigo, responderia apenas pela contravenção penal do art. 28 da LCP. Atualmente, entretanto, a solução não pode ser mais a mesma, já que houve alteração na legislação, com o advento da Lei do "Porte de Arma" (Lei n. 9.437/97) que, em seu art. 10, § 1.º, inc. III, tipificou como crime a conduta de "disparar arma de fogo ou acionar munição em local habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que o fato não constitua crime mais grave". Nesse último caso, de crime mais grave, a pena é de detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa,, afastando-se a aplicação do art. 132 do Código Penal. Dessa forma, as hipóteses passaram a ser as seguintes:

- disparo próximo à pessoa determinada para gerar risco a ela, ou disparo efetuado para cima (sem visar pessoa determinada), caracterizam o crime mais gravoso da lei especial, desde que o fato ocorra na via pública ou em direção a ela;
- disparo efetuado em recinto fechado – se visa causar perigo à pessoa determinada, caracteriza o crime do art. 132; se não visa, é atípico;
- se o agente, em qualquer local, efetua o disparo com intenção de matar a vítima, mas não a atinge, responde por tentativa branca de homicídio.

É evidente também que, qualquer que seja o modo de execução, deixa de haver o crime de "perigo para a vida ou saúde de outrem" quando a vítima é atingida e sofre lesões graves ou morre. Nesses casos, o agente responderá por lesões corporais ou homicídio, doloso (dolo eventual) ou culposos, dependendo da hipótese.

2.7. Causa de Aumento

A Lei n. 9.777/98 acrescentou um parágrafo único ao art. 132, estabelecendo uma causa de aumento de pena, de um 1/6 a um 1/3, se a exposição da vida ou da saúde de outrem decorrer do transporte da pessoa para a prestação de serviços em estabelecimento de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais.

É inegável que a finalidade do dispositivo é apenas mais gravemente os responsáveis pelo transporte de trabalhadores rurais (bóias-frias) que o fazem sem os cuidados necessários para evitar acidentes com vítimas. Pelo texto da lei, somente haverá aumento de pena se houver desrespeito às normas legais destinadas a garantir a segurança. Essas normas estão descritas no Código de Trânsito Brasileiro. O aumento da pena pressupõe também a ocorrência de perigo concreto.

2.8. Elemento Subjetivo

É o dolo de perigo em relação a pessoa(s) determinada(s). Não admite modalidade culposa. Havendo dolo de dano, o agente responderá por outro crime.

2.9. Consumação

No momento da prática do ato que resulta em perigo concreto.

2.10. Tentativa

É possível.

2.11. Concurso

Por se tratar de crime subsidiário, entende-se aplicável o concurso formal. Assim, ainda que com uma só conduta o agente exponha várias pessoas a uma situação de risco, haverá crime único.

2.12. Qualificação Doutrinária

Crime de perigo concreto, comum, doloso, de ação livre, comissivo ou omissivo, simples, instantâneo e subsidiário.

2.13. Ação Penal

Pública incondicionada.

3. RIXA – ART. 137, DO CÓDIGO PENAL

O art. 137, *caput*, trata da rixa simples – “participar de rixa, salvo para separar os contendores” – cuja pena é de detenção de 15 (quinze) dias a 2 (dois) meses, ou multa.

A rixa é uma luta envolvendo pelo menos 3 pessoas e que se caracteriza pelo tumulto, pela confusão, de tal forma que não se consegue distinguir a conduta de cada participante.

Cada envolvido visa atingir qualquer um dos demais e todos agem ao mesmo tempo, por isso, são todos autores e vítimas do mesmo crime.

É um crime de concurso necessário, de condutas contrapostas. Os crimes de concurso necessário podem ser de condutas paralelas (quadrilha ou bando), convergentes (adultério) ou contrapostas (rixas).

Para se computar o número mínimo de 3 contendores, leva-se em conta a participação dos inimputáveis na luta.

3.1. Núcleo

Participar é tomar parte efetiva na troca de agressões. Aquele que toma parte na troca de agressões é chamado de partícipe material ou partícipe da rixa.

Partícipe moral é aquele que não pratica a conduta, não toma parte na luta, mas estimula o crime, também chamado de partícipe do crime de rixa.

O partícipe moral não entra para o cômputo de número mínimo de 3 rixadores.

3.2. Consumação

O crime se consuma quando 3 pessoas, ou mais, começam a lutar. A doutrina entende que não há tentativa, trata o delito como instantâneo: ou a briga se inicia e consuma a rixa, ou há indiferente penal. O Prof. DAMÁSIO, entretanto, tem uma opinião divergente, entendendo necessária a classificação da rixa:

- rixa *ex improviso*: quando surge de repente e para a qual não haveria possibilidade de tentativa;
- rixa *ex proposito*: há uma combinação de hora e local por parte dos envolvidos, hipótese em que seria possível a tentativa, no caso de a polícia impedir o início da briga.

PERGUNTA: Os lutadores podem alegar legítima defesa?

RESPOSTA: Se a pessoa entrou intencionalmente na rixa, está praticando uma ação ilícita, portanto, não pode alegar a legítima defesa (pois não há agressão injusta).

Não é necessário falar em legítima defesa para aquele que entra na luta querendo separar os demais, pois o próprio art. 137 do Código Penal exclui o delito nesse caso. É possível alegar a legítima defesa para crime mais grave que possa ocorrer durante a rixa, mas quanto ao crime de rixa, esse já estará consumado.

Exemplo: os rixadores lutam sem arma; no meio da confusão, um deles saca uma faca em legítima defesa e um outro utiliza um revólver para contê-lo; esse último não responderá pelo homicídio ou pelas lesões que causar (porque acobertado pela justificante), porém será responsabilizado por rixa qualificada, assim como os demais contendores.

Se, durante a rixa, ocorrem lesões leves, essas são absorvidas. A rixa é um crime de perigo e se caracteriza ainda que ninguém sofra lesões.

3.3. Rixa Qualificada

Para os participantes de rixa que resultar em lesão grave ou morte, o parágrafo único fixa pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos. A pena é igual, tanto para lesão grave como para morte. A rixa é qualificada para todos, até mesmo para quem não tenha dado causa ao resultado lesão grave ou morte. Basta participar da rixa que resulte em morte ou lesão corporal grave para responder pela forma qualificada. É uma hipótese de responsabilidade objetiva. A própria vítima das lesões graves responde por rixa qualificada. Se for identificado o causador direto da morte ou da lesão, os participantes da rixa respondem por rixa qualificada e o causador da morte ou lesão responde por homicídio ou lesão corporal (dolosa ou culposa) em concurso material com o crime de rixa qualificada. Ver exposição de motivos do CP para o crime de rixa.

A ocorrência de mais de uma morte não altera a característica: trata-se de uma única rixa qualificada.

Mesmo a pessoa que entra na rixa e dela se afasta antes do resultado agravador, responde por rixa qualificada, pois com seu comportamento anterior estimulou a troca de lesões que acabou levando à morte ou lesão corporal grave.

Responde por rixa simples a pessoa que entra na rixa após a consumação da morte ou da lesão grave.

MÓDULO XV

1. CRIMES CONTRA HONRA

1.1. Observações Gerais

Se a ofensa foi praticada com objetivo eleitoral ou de propaganda eleitoral, serão aplicados os arts. 324 a 326 do Código Eleitoral.

Se a ofensa foi feita pela imprensa (jornal, televisão, revista), será enquadrada nos crimes da Lei de Imprensa descritos nos arts. 20 ao 22.

Fora dessas hipóteses, aplica-se o Código Penal.

1.1.1. Conceito de honra

É o conjunto de atributos físicos, morais e intelectuais que tornam uma pessoa merecedora de apreço no convívio social e que promovem sua auto-estima.

1.1.2. Honra objetiva

É o conceito que o grupo social tem acerca dos atributos de alguém.

A calúnia e a difamação atingem a honra objetiva. Somente se consuma quando terceira pessoa toma conhecimento do que foi falado.

1.1.3. Honra subjetiva

É o conceito que cada um tem acerca de si mesmo (amor próprio, auto-estima). Somente a injúria atinge a honra subjetiva. Só se consuma quando a própria vítima vier a tomar conhecimento da ofensa.

1.2. Diferença entre Calúnia, Difamação e Injúria

1.2.1. Calúnia – art. 138 do Código Penal

- Imputar, atribuir a alguém a prática de um ato.
- O fato imputado deve ser definido como *crime*; pode até ser imputação de crime prescrito.

A imputação deve ser *falsa* e pode se referir:

- à própria existência do crime imputado (atribuir a alguém fato que não ocorreu);
- à autoria (atribuir fato verdadeiro a alguém que não seja seu autor).

Observação: A imputação de fato contravencional caracteriza apenas a difamação.

Atenção: cuidado com o porte de arma, que deixou de ser contravenção e passou a ser tratado como crime pela Lei n. 9.437/97.

1.2.2. Difamação – art. 139 do Código Penal

- Também consiste na imputação a alguém da prática de um ato.
- O fato deve ser ofensivo à reputação da vítima. É aquele que tem o poder de diminuir o conceito que uma pessoa goze perante determinado grupo. A imputação não precisa ser falsa, como na calúnia, admite-se a atribuição de fato verdadeiro.

1.2.3. Injúria – art. 140 do Código Penal

- Não imputa fato.
- Atribui-se a alguém uma qualidade negativa.
- Ofensiva à dignidade ou decoro. A injúria consiste em qualquer xingamento ofensivo.

Ofender a dignidade é atingir os atributos morais da vítima.
A ofensa ao decoro atinge os atributos físicos e intelectuais.

1.3. Considerações Gerais

A figura da calúnia – prevista no art. 138, *caput*, do Código Penal– pune o primeiro caluniador ou caluniador originário, quer tenha ele agido com dolo direto em relação à falsidade, quer tenha agido com dolo eventual.

Por outro lado, aquele que ouve a calúnia e, sabendo que se trata de afirmação falsa, a espalha e divulga, incide no subtipo da calúnia – previsto no art. 138, § 1.º, do Código Penal– que tem a mesma pena do *caput*. Essa figura não admite o dolo eventual, em razão da exigência que o tipo faz de que o sujeito saiba da falsidade.

Aquele que ouve uma difamação e a espalha comete nova difamação, porque não há um subtipo semelhante ao da calúnia. Os crimes contra a honra são considerados crimes de ação livre, pois podem ter qualquer forma de execução (oral, escrita, por gestos ou símbolos).

Quando a injúria é cometida com violência ou vias de fato, que por sua natureza ou meio empregado é considerada aviltante (humilhante, apta a envergonhar, ofender), estará configurado o crime de injúria real (forma qualificada).

O art. 140, § 2.º, do Código Penal trata da pena, dizendo que, se da violência resultar lesão, ainda que de natureza leve, haverá a soma das penas. O acréscimo decorre de regra explícita na parte especial e não de concurso material, já que há, no caso, concurso formal.

A Lei n. 7.716/89 estabelece crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

O art. 140, § 3.º, do Código Penal (introduzido pela Lei n. 9.459, de 13.5.1997) pune – com reclusão, de 1 a 3 anos, e multa – a ofensa (injúria) referente à raça, cor, origem, religião ou etnia.

PERGUNTA: Como conciliá-los?

RESPOSTA: Os xingamentos referentes à raça ou cor da vítima tipificam o crime de injúria qualificada, pois a Lei do Racismo pressupõe uma espécie de segregação em função da raça ou da cor da pessoa. Exemplos: proibir alguém de frequentar um clube, não permitir a entrada em estabelecimento etc.

PERGUNTA: Qual a diferença entre calúnia e a denúncia caluniosa (art. 339 do CP)?

RESPOSTA: A calúnia é um crime contra a honra que se configura quando o agente afirma a terceiros que alguém cometeu um crime. Na denúncia caluniosa, que é um crime contra a administração da justiça, o agente dá causa ao início de uma investigação policial ou de um processo penal contra alguém, imputando-lhe crime ou contravenção do qual é inocente.

P: Qual a diferença entre injúria e desacato (art. 331 do CP)?

RESPOSTA: A injúria é uma ofensa contra qualquer pessoa, enquanto o desacato é uma ofensa contra funcionário público no exercício de suas funções ou em razão dela.

PERGUNTA: Existe injúria contra funcionário público?

RESPOSTA: Sim, tanto que o art. 141, inc. II, do Código Penal manda aumentar a pena em 1/3 (um terço) quando a ofensa é contra funcionário público e refere-se ao desempenho de suas funções.

PERGUNTA: Qual a diferença entre desacato e injúria contra funcionário público em razão de suas funções?

RESPOSTA: O desacato é um crime que se caracteriza na presença do funcionário público, e a injúria contra funcionário público só pode ser praticada em sua ausência. A injúria pode ser praticada na presença ou ausência da vítima, porém a injúria contra funcionário público só pode ser praticada na sua ausência, já que, na sua presença, configura o crime autônomo de desacato.

PERGUNTA: Existe perdão judicial nos crimes contra a honra?

RESPOSTA: Apenas na injúria, nos termos do art. 140, § 1.º, do Código Penal. Porém só no caso de injúria simples, devido a colocação dos parágrafos. Hipóteses:

- quando o ofendido, de forma reprovável e direta, provocou a ofensa;
- no caso de retorsão imediata, consistente em outra injúria (revide).

1.4. Exceção da Verdade

1.4.1. Calúnia

Na calúnia, a imputação deve ser falsa e, por isso, o art. 138, § 3.º, do Código Penal permite que o querelado, no mesmo processo, prove que a imputação por ele feita era verdadeira. Caso consiga fazê-lo, será absolvido por atipicidade de conduta (porque a falsidade integra a descrição do tipo); se o crime for de ação penal pública e não estiver prescrito, serão remetidas cópias ao Ministério Público para que tome as providências pertinentes.

A exceção da verdade é uma questão incidental, seu procedimento está previsto no Código de Processo Penal, arts. 519 a 523.

Na calúnia, admite-se a exceção da verdade, salvo as vedações feitas pelo legislador nos incisos do artigo em estudo:

- se o crime imputado for de ação privada e o ofendido não foi condenado por sentença com trânsito em julgado;
- se a ofensa for contra o Presidente da República ou contra chefe de governo estrangeiro;
- se, do crime imputado, ainda que de ação pública, já foi o ofendido absolvido por sentença transitada em julgado – essa vedação existe ainda que o querelado alegue possuir novas provas e que a absolvição tenha ocorrido por insuficiência probatória.

Há, entretanto, entendimento no sentido de que essas vedações ferem o princípio constitucional da ampla defesa.

1.4.2. Difamação

Como existe difamação mesmo que a imputação seja verdadeira, a lei não prevê a exceção da verdade nesse crime. Há, porém, uma hipótese admitida no parágrafo único do art. 139 do Código Penal – quando a difamação for contra funcionário público em razão de suas funções. A prova da verdade, nessa hipótese, excluirá a ilicitude e não a tipicidade, porque a falsidade do fato não integra o tipo, como ocorre na calúnia.

1.4.3. Injúria

Na injúria, nunca é possível a exceção da verdade. Isso porque não se imputa fato, o que torna impossível a prova da verdade.

1.5. Tentativa

Só é possível na forma escrita.

1.6. Sujeito Ativo

Em regra, qualquer pessoa. Porém, certas pessoas gozam de imunidade e, portanto, não praticam crime contra a honra:

- Art. 53 da Constituição Federal: imunidade material dos deputados e senadores, que são invioláveis por suas palavras, votos e opiniões. Não vale só dentro do Congresso Nacional, mas deve ser relacionada com as funções parlamentares;
- Art. 29, inc. VIII, da Constituição Federal: os vereadores também possuem essa imunidade, desde que exista um nexo entre a ofensa e sua função e que o fato ocorra no Município em que o vereador exerce seu mandato;
- Os advogados, no exercício de suas atividades, possuem imunidade, mas somente quanto à injúria e à difamação (art. 133 da CF/88 c. c. art. 7.º, § 2.º, da Lei n. 8.906/94 – Estatuto da OAB).

1.7. Sujeito Passivo

Qualquer pessoa, até mesmo o desonrado, pode ser sujeito passivo nos crimes contra a honra, pois não se pode conceber a existência de uma pessoa integralmente desonrada.

O morto pode ser vítima só de calúnia (art. 138, § 2.º, do CP), sendo sujeito passivo os seus sucessores. Menores e loucos (doentes mentais) podem ser vítimas de todos os crimes contra a honra. Porém, com relação à injúria, que atinge a honra subjetiva, exige-se capacidade de entender o significado do que lhe foi alegado, caso contrário, não haverá delito.

1.8. Pessoa Jurídica

Não podia ser caluniada, pois não praticava fato definido como crime, mas, com o advento da Lei n. 9.605/98, que prevê os crimes contra o meio ambiente, passou a ser possível caluniar a pessoa jurídica, imputando-lhe falsamente a prática de crime ambiental.

Pode ser vítima de difamação, pois goza de reputação, de honra objetiva.

Não pode ser vítima de injúria, já que não tem honra subjetiva. Eventual ofensa será contra seus diretores.

1.9. Disposições Gerais dos Crimes Contra a Honra

1.9.1. Causas de aumento de pena – art. 141 do Código Penal

O art. 141 do Código Penal determina o acréscimo de 1/3 (um terço) da pena de todos os crimes contra a honra:

- se a ofensa for contra o Presidente da República ou contra chefe de governo estrangeiro (trata-se de ofensa pessoal – se verificada motivação política, haverá crime contra a Segurança Nacional, Lei n. 7.170/83);
- se a ofensa for contra funcionário público em razão de sua função (não precisa estar no exercício das funções). Ainda que o funcionário esteja de folga, se a ofensa se referir às funções que exerce, haverá o aumento da pena – o aumento não incide quando a vítima não é mais funcionário público. Ex.: aposentado).

Quando a ofensa é feita na presença de várias pessoas (no mínimo três – pois quando a lei quer se referir a duas ou quatro pessoas o faz expressamente. Ex.: art. 157, § 2.º, inc. II e art. 288 do CP). Nesse número não se incluem os autores do crime, nem a vítima e nem aqueles que não podem entender o significado do que foi falado.

- Se o agente usa qualquer meio que facilite a divulgação. Exemplos: cartazes, panfletos, alto-falante etc. A imprensa não é um exemplo, pois está previsto na Lei de Imprensa que é um crime mais grave.

A pena será aplicada em dobro se a ofensa for praticada mediante paga ou promessa de recompensa.

1.9.2. Hipóteses de exclusão de ilicitude – art. 142 do Código Penal

Há três hipóteses de exclusão da ilicitude aplicáveis somente para a injúria e a difamação:

I – Quando a ofensa é feita em Juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador.

Em Juízo significa qualquer Juízo (trabalhista, civil, penal etc.), não se aplicando ao inquérito policial, à CPI, ao inquérito civil etc.

Na discussão da causa implica a existência de um nexo de causalidade entre a ofensa feita e o ponto tratado nos autos. Exclui-se a ilicitude da conduta, independentemente da pessoa ofendida, até mesmo o juiz. Há, entretanto, opinião divergente no sentido de que a ofensa contra o juiz caracteriza o crime, por ser necessário respeito à pessoa que preside o processo de forma imparcial.

Pela parte ou pelo procurador trata da possibilidade da exclusão da ilicitude do ato praticado por terceiro

interveniente, pois a palavra “parte” é usada em sentido amplo.

O art. 7.º, § 2.º, do Estatuto da OAB traz norma mais abrangente para os advogados, estabelecendo que não cometem injúria ou difamação (ficou de fora a calúnia) em Juízo ou *fora dele*, quando no exercício regular de suas atividades. Amplia a exclusão da ilicitude para as hipóteses de inquérito policial, inquérito civil, CPI etc.

II - Na opinião desfavorável feita pela crítica artística, literária ou científica, salvo quando evidente a intenção de ofender. Esse inciso é aplicável quando a opinião desfavorável é emitida em palestras, livros etc., porque, quando feita na imprensa, aplica-se a Lei de Imprensa (art. 37, inc. I).

III - No conceito desfavorável emitido por funcionário público no desempenho de suas funções.

O parágrafo único do artigo analisado diz que, nas hipóteses dos incs. I e III, responde pelo crime quem dá publicidade ao fato.

1.9.3. Retratação – art. 143 do Código Penal

Trata-se de causa extintiva da punibilidade, prevista no art. 107, inc. VI, do Código Penal. Só é possível na calúnia e na difamação. A retratação na injúria não gera nenhum efeito processual.

Retratar significa retirar o que foi dito. A retratação não precisa ser aceita para gerar efeitos, basta que seja completa e incondicional.

Se há dois ofensores e apenas um se retrata, por ser circunstância de caráter subjetivo, não haverá comunicação, não aproveitará ao outro. A retratação gera efeito até a sentença (de primeiro grau). Após, será inócuas.

A retratação, nos crimes contra a honra, só é possível nos crimes de ação privada, pois o artigo se refere ao “querelado”. Há, porém, uma hipótese de retratação, em crime de ação penal pública, prevista no art. 342, § 3.º (crime de falso testemunho).

1.9.4. Pedido de explicações – art. 144 do Código Penal

Quando uma ofensa não mostrar explicitamente a intenção de caluniar, difamar ou injuriar, deixando dúvida quanto à sua significação, é permitido àquele que se julgar ofendido pedir explicações em Juízo. É uma medida preliminar, porém, não obrigatória para propositura da ação penal. Recebido o pedido, o juiz designará audiência para que o ofensor esclareça suas afirmações.

O pedido de explicações se equipara a uma notificação judicial– não há julgamento, porque não comporta juízo de valor. Oferecida a resposta ou mesmo sem essa, o juiz entregará os autos ao requerente para que tome as providências que entender pertinentes.

A interposição desse pedido não interrompe o prazo decadencial (prazo decadencial nunca se interrompe). O pedido de explicações torna o Juízo preventivo para eventual propositura da queixa-crime.

O art. 144, segunda parte, do Código Penal estabelece que o ofensor que não oferece resposta ou, a critério do juiz, não a dá de forma satisfatória, responde pela ofensa.

1.9.5. Ação penal nos crimes contra a honra – art. 145 do Código Penal

A regra é a ação penal privada, que comporta três exceções:

- Se a ofensa for contra o Presidente da República ou contra chefe de governo estrangeiro, a ação é pública condicionada à requisição do Ministro da Justiça.
- Se a ofensa for contra funcionário público em razão de suas funções, a ação penal é pública condicionada à representação. O STF, no entanto, admite a ação penal privada, fundamentando que a ação penal pública condicionada é um benefício trazido pela lei ao funcionário ofendido em razão de suas funções, para que não tivesse gastos com o processo, podendo aquele abdicar desse direito

e propor a queixa-crime.

- o crime de injúria real, se a vítima sofrer lesões, o agente responderá pelos dois crimes (injúria e lesões), ainda que as lesões sejam leves. A ação penal é pública incondicionada. Atente-se que a Lei n. 9.099/95 transformou a lesão leve em crime de ação penal pública condicionada. Então, se na injúria real houver lesões leves, a ação penal passa a ser pública condicionada. Se ocorrer vias de fato, a ação penal será privada, seguindo a regra do *caput* do art. 145 do Código Penal.

PERGUNTA: Qual o efeito do perdão do ofendido, funcionário público, injuriado em razão de sua função?

RESPOSTA: Nenhum, pois a ação em andamento é pública (vítima é o funcionário público) e o perdão gera efeito somente na ação penal privada.

1.9.6. Formas de ofensa (*calúnia, difamação e injúria*)

- *Ofensa explícita ou inequívoca:* é a direta, que não deixa margem de dúvida quanto ao seu significado e seu teor ofensivo.
- *Implícita ou equívoca:* aquela que não deixa claro o significado e o seu teor ofensivo. Nessa cabe o pedido de explicação.
- *Reflexa:* ocorre quando uma pessoa quer ofender alguém, mas, na narrativa, acaba atingindo outra pessoa.

2. CRIMES CONTRA A LIBERDADE PESSOAL

2.1. Constrangimento Ilegal – Art. 146 do Código Penal

Trata-se de tipo subsidiário que se configura se não for verificado crime mais grave. Ex.: arts. 158; 161, inc. II; 213; 214 e 219, todos do Código Penal.

Caracteriza-se quando o agente emprega violência, grave ameaça ou qualquer outro recurso que reduza a capacidade de resistência da vítima, para obrigá-la a fazer algo que a lei não manda ou deixar de fazer algo que a lei permite.

O uso de soníferos e hipnose, podem ser considerados exemplos de recursos utilizados pelo agente para constranger a vítima. A pena é detenção, de 3 meses a 1 ano, ou multa. A competência é do JECrim.

2.1.1. Crimes mais graves que absorvem o constrangimento ilegal

- Roubo e extorsão.

A extorsão difere do constrangimento ilegal porque pressupõe intenção de lucro indevido.

- Estupro e atentado violento ao pudor.

Quando a mulher obriga o homem a ter com ela conjunção carnal, pratica constrangimento ilegal, porque o sujeito ativo do crime de estupro é somente o homem.

2.1.2. Aumento da pena

O § 1.º do art. 146 dispõe que as penas serão aplicadas cumulativamente e em dobro nas seguintes hipóteses:

- Se para a execução do crime reúnem-se mais de 3 pessoas;
- Se há emprego de armas; não se exige mais de uma arma, porque a lei faz menção ao gênero e não ao número.

O § 2.º do art. 146 traz uma hipótese de concurso material – se da violência resultarem lesões corporais – em que o agente responderá pelos dois crimes.

Na realidade, há concurso formal, mas a lei manda somar as penas.

2.1.3. Causas especiais de exclusão da tipicidade

O § 3.º do art. 146 diz que não haverá crime:

- na realização de intervenção médica ou cirúrgica, ainda que contra a vontade do paciente ou seu representante, se justificada por iminente risco de vida;
- na coação empregada para impedir suicídio.

2.1.4. Observações

A utilização de violência ou de grave ameaça, para obtenção de confissão ou declaração, constitui crime de tortura (art. 1.º, inc. I, "a", da Lei n. 9.455/97) e não constrangimento ilegal. Quem empregar violência ou grave ameaça para obrigar a vítima a cometer um crime, responderá por esse crime (praticado pela vítima) e pelo delito de tortura – art. 1.º, inc. I, "b". Antes dessa lei, o agente respondia por constrangimento ilegal. Se o agente obrigar a vítima a cometer contravenção, responderá pela contravenção e pelo delito de constrangimento ilegal.

2.2. Ameaça – Art. 147 do Código Penal

"Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio, de causar-lhe mal injusto e grave. Pena: detenção de 1 a 6 meses ou multa".

Segue o rito da Lei n. 9.099/95 – JECrim.

É crime de ação penal pública condicionada à representação.

Trata-se de tipo subsidiário – fica sempre absorvido quando o fato constituir crime mais grave. O crime de ameaça pode ser praticado por palavra, escrito, gesto ou qualquer outro meio simbólico.

O mal a ser provocado tem de ser injusto, grave e verossímil.

Mal grave é aquele que atinge um bem jurídico relevante. Ex.: ameaça de morte, de agressão, de demissão, de colocar fogo na casa. O mal injusto configura elemento normativo, dependendo da análise do juiz, caso a caso. Verossímil é a promessa de mal capaz de ser cumprida. Não é necessário que o agente queira concretizar o mal prometido à vítima, porque a intenção é de amedrontá-la; no entanto, deve ser possível cumprir a ameaça, caso contrário, ela deixa de ser verossímil.

PERGUNTA: Se o agente estiver embriagado ou tomado por ira, há crime?

RESPOSTA: Existem 2 correntes:

- Não há crime, pois a ameaça deve causar fundado temor à vítima;
- Há crime, pois o art. 28 do Código Penal estabelece que a embriaguez e a emoção não excluem o crime.

A posição majoritária é a primeira, que entende que não há crime.

Obs.: A mesma polêmica é encontrada no crime previsto no art. 331 do Código Penal (desacato).

2.3. Seqüestro ou Cárcere Privado – Art. 148 do Código Penal

"Privar alguém de sua liberdade mediante seqüestro ou cárcere privado.

Pena: reclusão de 1 a 3 anos".

Trata-se de tipo subsidiário, será aplicado sempre que a infração não constituir crime mais grave. Importa na privação da liberdade de ir e vir de alguém. Difere da extorsão mediante seqüestro porque, nessa, a privação da liberdade tem como finalidade a obtenção de uma vantagem econômica, não prevista no delito do art. 148 do Código Penal.

Não se confunde também com o rapto violento, em que a privação da liberdade tem como sujeito passivo a mulher honesta e a finalidade específica de praticar atos libidinosos. O delito descrito no art. 148 do Código Penal é crime permanente, o que possibilita a prisão em flagrante a qualquer momento. A consumação ocorre com a privação da liberdade da vítima.

Não é requisito que a vítima seja levada a um local; pode não haver deslocamento, mas mera retenção.

A tentativa é possível, desde que o sujeito não consiga privar a vítima da liberdade.

2.3.1. Diferença entre seqüestro e cárcere privado

- No seqüestro, a vítima tem a possibilidade de andar. Está, por exemplo, em um galpão, em uma casa ou quarto.
- No cárcere privado, não há possibilidade de a pessoa se movimentar. Exemplos: é amarrada em uma árvore, colocada no porta-malas de um carro etc.

2.3.2. Qualificadoras

O § 1.º do art. 148 dispõe que a pena é de 2 a 5 anos de reclusão se:

- o agente é cônjuge, ascendente ou descendente da vítima;
- o crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital, podendo ser cometido por qualquer pessoa, inclusive o médico;
- a privação da liberdade dura mais de 15 dias. Pelo § 2.º do artigo em exame, a pena será de reclusão de 2 a 8 anos se:
- resultar à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral. Exemplo: ficar privada de comida, água, condições mínimas de higiene etc.

Se a vítima sofrer lesão grave ou morrer em razão dos maus-tratos, o agente responderá por lesão corporal grave ou homicídio em concurso material com o crime de seqüestro (simples). Serão aplicadas as penas dos dois crimes autônomos, mas sem a qualificadora do parágrafo em questão para não haver *bis in idem*.

MÓDULO XVI

Crimes Contra o Patrimônio

1. FURTO – ART. 155 DO CÓDIGO PENAL

1.1. Furto Simples

Caput: "Subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel: Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa."

1.1.1. Elementos

a) Subtrair: tirar algo de alguém, desapossar

Pode ocorrer em dois casos:

- tirar algo de alguém;
- receber uma posse vigiada e sem autorização levar o bem, retirando-o da esfera de vigilância da vítima.

Conclui-se que a expressão engloba tanto a hipótese em que o bem é tirado da vítima quanto aquela em que a coisa é entregue voluntariamente ao agente e este a leva consigo.

Essa modalidade difere da apropriação indébita porque nesta a posse é desviada. Ex.: caixa de supermercado, tem a posse vigiada, se pegar dinheiro praticará furto.

b) Ânimo de assenhoreamento definitivo do bem, para si ou para outrem (animus rem sibi habendi)

Trata-se do elemento subjetivo específico do tipo. Não basta apenas a vontade de subtrair (dolo geral): a norma exige a intenção específica de ter a coisa, para si ou para outrem, de forma definitiva.

É esse elemento que distingue o crime de furto e o furto de uso (fato atípico). Para a sua caracterização é necessário que o agente tenha intenção de uso momentâneo e que restitua a coisa imediata e integralmente à vítima.

c) Coisa alheia móvel (objeto material do tipo)

- *Coisa móvel*: aquela que pode ser transportada de um local para outro. O Código Civil considera como imóvel alguns bens móveis, como aviões, embarcações, o que para fins penais é irrelevante.

Os semoventes também podem ser objeto de furto, como, por exemplo, o abigeato, ou seja, o furto de gado.

Areia, terra (retirados sem autorização) e árvores (quando arrancadas do solo) podem ser objeto de furto, desde que não configure crime contra o meio ambiente.

A coisa deve ser *alheia* (elemento normativo do furto).

O furto é um tipo anormal porque contém elemento normativo que exige juízo de valor. Coisa alheia é aquela que tem dono; dessa forma, não constituem objeto de furto a *res nullius* (coisa de ninguém, que nunca teve dono) e a *res derelicta* (coisa abandonada). Nessas hipóteses, o fato será atípico porque a coisa não é alheia.

A coisa perdida (*res desperdicta*) tem dono, mas não pode ser objeto de furto porque falta o requisito da subtração; quem a encontra e não a devolve não está subtraindo - responderá por apropriação de coisa achada, tipificada no art. 169, par. ún., inc. II, do Código Penal. A coisa só é considerada perdida quando está em local público ou aberto ao público. Coisa perdida, por exemplo, dentro de casa, dentro do carro, se achada e não restituída ao proprietário, caracterizará crime de furto.

- *Cosa de uso comum*: (água dos mares, ar atmosférico etc.) não pode ser objeto de furto, exceto se estiver destacada de seu meio natural e for explorada por alguém. Ex.: água da Sabesp.

Não confundir com *furto de coisa comum*, art. 156 do Código Penal, que ocorre quando o objeto pertence a duas ou mais pessoas nas hipóteses de sociedade, condomínio de coisa móvel e co-herança. É crime de ação penal pública condicionada à representação. O art. 155, § 3.º, do Código Penal trata do *furto de energia*. Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica, bem como qualquer outra forma de energia com valor econômico. Esse dispositivo é uma norma penal explicativa ou complementar (esclarece outras normas; na hipótese, define como objeto material do furto, a energia).

A TV a cabo está sendo equiparada.

O sêmen é considerado energia genética e sua subtração caracteriza o delito de furto.

Ser humano não pode ser objeto de furto, pois não é coisa.

A subtração de cadáver ou parte dele tipifica o delito específico do art. 211 do Código Penal (destruição, subtração ou ocultação de cadáver). O cadáver só pode ser objeto de furto quando pertence a uma instituição e está sendo utilizado para uma finalidade específica. Ex.: faculdade de medicina, institutos de pesquisa.

A subtração de órgão de pessoa viva ou de cadáver, para fins de transplante, caracteriza crime da Lei n. 9.434/97.

Cortar o cabelo de alguém para vender, não configura furto, mas sim, lesão corporal. No caso de alguém retirar dente de ouro ou paletó do cadáver, há dois entendimentos:

Esses bens possuem dono, que são os sucessores do falecido, por isso tratam-se de coisa alheia que pode ser furtada, caracterizando o crime de furto que terá como sujeito passivo os familiares do *de cuius*.

Os bens equivalem à coisa abandonada, por não haver interesse por parte dos sucessores em recuperá-los. Assim, o crime não é o de furto, mas o de violação de sepultura – art. 210 do Código Penal.

1.1.2. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa, exceto o dono, porque o tipo exige que a coisa seja *alheia*.

Subtrair coisa própria, que se encontra em poder de terceiro, em razão de contrato (mútuo pignoratício) ou de ordem judicial (objeto penhorado), acarreta o crime do art. 346 do Código Penal (tirar, suprimir, destruir ou danificar coisa própria, que se acha em poder de terceiro por determinação judicial ou convenção). Este crime não tem nome; é um subtipo do exercício arbitrário das próprias razões. O credor que subtrair bem do devedor, para se auto-ressarcir de dívida já vencida e não paga, pratica o crime de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do CP). Não responde por furto porque não agiu com intenção de causar prejuízo.

Se alguém, por erro, pegar um objeto alheio pensando que lhe pertence, não responderá por furto em razão da incidência do erro de tipo.

1.1.3. Sujeito passivo

É sempre o dono e, eventualmente, o possuidor ou detentor que sofre algum prejuízo.

O agente que furta um bem que já fora anteriormente furtado responde pelo delito, que terá como vítima não o primeiro furtador, mas o dono da coisa.

Pessoas jurídicas podem ser vítimas de furto, porque o seu patrimônio é autônomo do patrimônio dos sócios.

1.1.4. Consumação

O furto consuma-se mediante dois requisitos:

- retirada do bem da esfera de vigilância da vítima;
- posse tranqüila do bem, ainda que por pouco tempo.

Se, na fuga, o agente se desfaz ou perde o objeto, que não venha a ser recuperado pela vítima, consuma-se o delito, pois a vítima sofreu efetivo prejuízo. É exceção à exigência de que o agente tenha posse tranqüila do bem.

Quando há concurso de agentes, se o crime está consumado para um, está também consumado para todos – adoção da teoria unitária. Ex.: dois ladrões furtam uma carteira, um foge com o bem e o outro é preso no local: o crime está consumado para ambos.

1.1.5. Tentativa

É possível, até mesmo na forma qualificada, com exceção do § 5.º do art. 155 do Código Penal.

O fato de ter havido prisão em flagrante não implica, necessariamente, que o furto seja tentado, como, por exemplo, o caso do flagrante ficto (art. 302, IV, do CPP), que permite a prisão do agente encontrado, algum tempo depois da prática do crime com papéis, instrumentos, armas ou objetos (PIAO) que façam presumir ser ele o autor do crime.

1.1.6. Concurso de delitos

A violação de domicílio fica absorvida pelo furto praticado em residência por ser crime meio (princípio da consunção).

Se o agente, após a subtração, danifica o bem subtraído, responde apenas pelo furto, sendo o dano um *post factum* impunível, pois a segunda conduta delituosa não traz novo prejuízo à vítima.

Se a pessoa furta um bem, e depois o aliena a um terceiro de boa-fé, deve responder por furto e por disposição de coisa alheia como própria. A jurisprudência, entretanto, diz que é um *post factum* impunível.

1.2. Furto Noturno - Art. 155, § 1.º, do Código Penal

“A pena aumenta-se de 1/3, se o crime é praticado durante o repouso noturno.”

Trata-se de causa de aumento de pena que tem por finalidade garantir a proteção em relação ao patrimônio durante o repouso do proprietário, uma vez que neste período há menor vigilância de seus pertences. O furto noturno não se aplica ao furto qualificado. Só vale para o furto simples:

- pela posição do parágrafo(o § 1.º só vale para o que vem antes);
- no furto qualificado já há previsão de pena maior.

A jurisprudência dominante traça algumas considerações:

- só se aplica quando o fato ocorre em residência (definida pelo art. 150, § 4.º, do Código Penal como sendo qualquer compartimento habitado, ou o aposento de habitação coletiva, ou compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade) ou em qualquer de seus compartimentos, desde que haja morador dormindo;
- o aumento não se aplica se a casa estiver desabitada ou se seus moradores estiverem viajando;
- não se aplica o aumento no caso de furto praticado na rua ou em comércio.

Para o Prof. Damásio o aumento é cabível estando a casa habitada ou não, bastando que o agente se aproveite da menor vigilância que decorre do “período do sossego noturno”, conforme orientação da Exposição de Motivos do Código Penal, n. 56.

1.3. Furto Privilegiado - Art. 155, § 2.º, do Código Penal

1.3.1. Requisitos

- Que o agente seja primário (todo aquele que não é reincidente). Se o réu for primário e tiver maus antecedentes, fará *jus* ao privilégio, porque a lei não exige bons antecedentes.
- Que a coisa subtraída seja de pequeno valor. A jurisprudência adotou o critério objetivo para conceituar pequeno valor, considerando aquilo que não excede a um salário mínimo. Na tentativa leva-se em conta o valor do bem que se pretendia subtrair. Deve ser examinado o valor do bem no momento da subtração e não o prejuízo suportado pela vítima. Ex.: no furto de um carro, que é recuperado depois, o prejuízo pode ter sido pequeno, mas será levado em conta o valor do objeto furtado.

Não confundir privilégio com furto de bagatela; pelo princípio da insignificância, o crime de furto de bagatela é atípico porque a lesão ao bem jurídico tutelado é ínfima, irrisória. No furto privilegiado, ao contrário, o fato é considerado crime, mas haverá um benefício.

1.3.2. Consequências

Na aplicação da pena no furto privilegiado "... o juiz pode converter a reclusão em detenção, podendo reduzir uma ou outra de um a dois terços, ou aplicar somente a multa. O que não pode é reduzir a privativa e a multa" (JTACrimSP 76/363).

Apesar do § 2.º trazer a expressão "pode", presentes os requisitos legais, o juiz deve aplicar o privilégio, porque não há faculdade, e sim, direito subjetivo do réu.

PERGUNTA: O privilégio pode ser aplicado ao furto qualificado?

RESPOSTA: A doutrina diverge a respeito: uma corrente afirma que sim, pois não há vedação legal; a outra, majoritária, não admite a aplicação e fundamenta que o privilégio encontra-se no § 2.º, e portanto, não poderia ser aplicado aos §§ 4.º e 5.º; ademais, a gravidade do furto qualificado é incompatível com as consequências brandas (de redução da pena) do privilégio.

1.4. Furto Qualificado - Art. 155, §§ 4.º e 5.º, do Código Penal

Quando o juiz reconhecer mais de uma qualificadora, utilizará a segunda como circunstância judicial na primeira fase da fixação da pena.

O furto qualificado tentado admite a suspensão condicional do processo, pois a pena mínima passa a ser de 8 meses – para se chegar a esse resultado diminui-se a pena mínima em abstrato, prevista para o delito, do redutor máximo previsto na tentativa ($2 - 2/3 = 8$ meses).

1.4.1. Art. 155, § 4.º, do Código Penal

A pena é de reclusão de 2 a 8 anos, e multa, se o crime é cometido:

a) Com rompimento ou destruição de obstáculo

Pressupõe uma agressão que danifique o objeto, destruindo-o (destruição total) ou rompendo-o (destruição parcial). O art. 171 do Código de Processo Penal exige perícia.

O obstáculo pode ser passivo (porta, janela, corrente, cadeado etc.) ou ativo (alarme, armadilha).

A simples remoção do obstáculo não caracteriza a qualificadora, que exige o rompimento ou destruição.

Desligar o alarme não danifica o objeto, não fazendo incidir a qualificadora.

O cão não é considerado obstáculo.

O crime de dano fica absorvido pelo furto qualificado quando é meio para a subtração, por ser uma qualificadora específica.

A qualificadora só é aplicada quando o obstáculo atingido não é parte integrante do bem a ser subtraído.

Ex.: arrombar o portão para furtar o carro – aplica-se a qualificadora; quebrar o vidro do carro para subtrair o automóvel – furto simples; quebrar o vidro do carro para subtrair uma bolsa que está dentro – furto

qualificado. A divergência surge quanto ao furto de toca-fitas. Para uns, incide a qualificadora; para outros, o furto é simples porque o toca-fitas é parte integrante do carro.

b) Com abuso de confiança, mediante fraude, escalada ou destreza

- *Com abuso de confiança – requisitos:*
 - Que a vítima, por algum motivo, deposite uma especial confiança em alguém: amizade, namoro, relação de emprego etc. Saliente-se que a relação de emprego deve ser analisada no caso concreto, pois, em determinados empregos, patrão e empregado não possuem qualquer contato, inclusive para os empregados domésticos a jurisprudência exige a demonstração da confiança.
 - Que a subtração tenha sido praticada pelo agente, aproveitando-se de alguma facilidade decorrente da relação de confiança.
- *Emprego de fraude:* significa usar de artifícios para enganar alguém, possibilitando a execução do furto.

O furto mediante fraude distingue-se do estelionato porque neste a fraude é utilizada para convencer a vítima a entregar o bem ao agente e naquele, a fraude serve para distrair a vítima para que o bem seja subtraído. No furto, a fraude é qualificadora; no estelionato é elementar do tipo.

A jurisprudência entende que a entrega do veículo a alguém que pede para testá-lo, demonstrando interesse na sua compra, caracteriza o crime de furto qualificado pela fraude (para possibilitar a indenização por parte do seguro, que cobre apenas furto e não estelionato, crime que realmente ocorreu porque houve entrega).

- *Escalada:* é o acesso por via anormal ao local da subtração. Ex.: entrada pelo telhado, pela tubulação do ar-condicionado, pela janela, escavação de um túnel e outros.

Para configuração da escalada tem-se exigido que o agente dispense um esforço razoável para ter acesso ao local: entrar por uma janela que se encontra no andar térreo, saltar um muro baixo, por exemplo, não qualificam o furto.

O art. 171 do Código de Processo Penal exige a perícia do local.

- *Destreza:* habilidade do agente que permite a prática do furto sem que a vítima perceba.

A vítima deve estar ao lado ou com o objeto para que a destreza tenha relevância (uma bolsa, um colar etc.).

Se a vítima está dormindo ou em avançado estado de embriaguez não se aplica a qualificadora, pois não há necessidade de habilidade para tal subtração.

Se a vítima percebe a conduta do agente, não se aplica a qualificadora.

Se a vítima não perceber a conduta do agente, mas for vista por terceiro, subsiste a qualificadora.

c) Com emprego de chave falsa

Considera-se chave falsa:

- cópia feita sem autorização;
- qualquer objeto capaz de abrir uma fechadura. Ex.: grampo, chave mixa, gazua etc.

A chave falsa deve ser submetida à perícia para constatação de sua eficácia.

A utilização da chave verdadeira encontrada ou subtraída pelo agente não configura a qualificadora; o furto será simples. Se subtraída mediante fraude, haverá furto qualificado mediante fraude.

d) Mediante o concurso de duas ou mais pessoas

A aplicação da qualificadora dispensa a identificação de todos os indivíduos e é cabível ainda que um dos envolvidos seja menor.

PERGUNTA: Exige-se que as duas pessoas pratiquem os atos de execução do furto?

RESPOSTA: Para Nelson Hungria e Celso Delmanto a qualificadora será aplicada quando pelo menos duas pessoas executarem a subtração, pois o crime seria cometido com maior facilidade, dificultando a defesa da vítima.

Para Damásio de Jesus e Heleno Fragoso a qualificadora existirá ainda que uma só pessoa tenha praticado os atos executórios, porque a lei exige o “concurso de duas ou mais pessoas”, não distinguindo co-autoria de participação, sendo que nessa o agente não pratica atos executórios. Demonstram ainda que a lei, quando exige a execução por todos os envolvidos, expressa-se nesse sentido, citando como exemplo o art. 146 do Código Penal que impõe “para execução do crime” a reunião de mais de três pessoas.

Reconhecida a existência do crime de quadrilha ou bando (art. 288 do CPP), o juiz não poderá aplicar a qualificadora do furto mediante concurso de duas ou mais pessoas porque constituiria *bis in idem*.

1.4.2. Art. 155, § 5.º, do Código Penal – Inserido pela Lei n. 9.426/96

A pena passa a ser de reclusão de 3 a 8 anos, se a subtração é de veículo automotor “que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior”. A definição de veículo automotor encontra-se no Anexo I do CTB.

O § 5.º absorve as qualificadoras do § 4.º, que só poderão ser utilizadas como circunstâncias judiciais, já que as penas previstas em abstrato são diversas.

Não basta a intenção do agente de transportar o veículo para outro Estado ou para o exterior; deve ocorrer o efetivo transpasse da fronteira ou divisa para incidência da qualificadora.

Se o agente for detido antes de cruzar a divisa, haverá o crime de furto simples consumado e a qualificadora não será aplicada.

A tentativa dessa modalidade de furto qualificado será possível quando o agente tentar transpor a barreira da divisa e for detido.

MÓDULO XVII

1. ROUBO – ART. 157 DO CÓDIGO PENAL

Enquanto o furto é a subtração pura e simples de coisa alheia móvel, para si ou para outrem (art. 155 do CP), o roubo é a subtração de coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante violência, grave ameaça ou qualquer outro recurso que reduza a possibilidade de resistência da vítima.

O *caput* do artigo citado trata do roubo próprio, e o seu § 1.º descreve o que a doutrina chama roubo impróprio. A diferença reside no preciso instante em que a violência ou a grave ameaça contra a pessoa são empregadas. Quando o agente pratica a violência ou grave ameaça, antes ou durante a subtração, responde por roubo próprio; quando pratica esses recursos depois de apanhada a coisa, para assegurar a impunidade do crime ou a detenção do objeto material, responde por roubo impróprio.

A pena para ambos (violência e/ou grave ameaça) é de reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

1.1. Elementos do Tipo

Subtraire coisa alheia móvel já foram objeto de análise no módulo relativo ao crime de furto.

- *Violência*: considera-se apenas a violência real; a violência presumida trazida pelo art. 224 do Código Penal é excluída.
- *Grave ameaça*: é a promessa de um mal grave e iminente (exs.: anúncio de morte, lesão, seqüestro).
- *Qualquer outro meio*: chamado violência imprópria, pode ser revelado, por exemplo, pelo uso de sonífero, da hipnose etc. A simulação de arma e o uso de arma de brinquedo configuram a grave ameaça.

A “trombada” será considerada como violência se for meio utilizado pelo agente para reduzir a vítima à impossibilidade de resistência, caracterizando o roubo e não o furto. O mesmo acontece com o arrebatamento.

1.2. Sujeito Ativo

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa.

1.3. Sujeito Passivo

Sujeito passivo pode ser qualquer pessoa que sofra diminuição (perda) patrimonial (proprietário ou possuidor) ou que seja atingida pela violência ou grave ameaça.

1.4. Objetividade Jurídica

A lei pretende assegurar o patrimônio e a integridade física ou liberdade individual.

1.5. Concurso de Crimes

O número de vítimas não guarda equivalência com o número de delitos. Este último será relacionado com base no número de resultados (lesão patrimonial), que o agente sabia estar realizando no caso concreto. É possível que um só roubo tenha duas vítimas, pois a vítima do roubo é tanto quem sofre a lesão patrimonial, como quem sofre a violência ou grave ameaça. Ex.: emprestar o carro a alguém que venha a ser assaltado (tanto o proprietário quanto o possuidor são vítimas).

Da mesma forma, havendo grave ameaça contra duas pessoas, mas lesado o patrimônio de apenas uma, haverá crime único, porém, com duas vítimas.

Empregada grave ameaça contra cinco pessoas e lesado o patrimônio de três, por exemplo, há três crimes de roubo em concurso formal.

A solução, na hipótese de grave ameaça contra uma pessoa lesando bens de duas, dá-se da seguinte maneira: se o agente não sabe que está lesando dois patrimônios, há crime único, evitando-se a responsabilidade penal objetiva; se o agente sabe que está lesando dois patrimônios (pega o relógio do cobrador e o dinheiro do caixa, por exemplo), há dois crimes de roubo em concurso formal.

É possível a existência de crime continuado, se preenchidos os requisitos do art. 71 do Código Penal. Ex.: indivíduo rouba uma pessoa em um ônibus, sai dele, entra em outro e rouba outra pessoa.

1.6. Consumação do Roubo

Há certa divergência quanto ao momento consumativo do roubo próprio. Para alguns doutrinadores, o roubo consuma-se da mesma maneira que o furto – quando o agente consegue a posse tranqüila do objeto, fora da esfera de vigilância da vítima.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça é que o roubo se consuma com a simples retirada do bem da vítima, após o emprego da violência ou grave ameaça, ainda que não consiga a posse tranqüila.

1.7. Tentativa

A tentativa é possível e será verificada quando, iniciada a execução do tipo, mediante violência ou grave ameaça, o agente não consegue efetivar a subtração; não se exige o início da execução do núcleo “subtrair”, e sim da prática da violência (Damásio de Jesus).

Quando o agente é preso em flagrante com o objeto do roubo, após perseguição, responde por crime tentado (para aqueles que exigem a posse tranqüila da coisa para consumação) e por crime consumado (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, que dispensam o requisito da posse tranqüila da coisa para consumação do roubo).

1.8. Roubo Impróprio – Art. 157, § 1.º, do Código Penal

“Na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra a pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.”

1.8.1. Diferenças entre roubo próprio e roubo impróprio

No roubo próprio a violência ou grave ameaça ocorre antes da subtração; no roubo impróprio, depois. No roubo próprio, a violência ou grave ameaça constituem meio para a subtração, enquanto no roubo impróprio, o agente, inicialmente, quer apenas furtar e, depois de já se haver apoderado de bens da vítima, emprega violência ou grave ameaça para garantir a sua impunidade ou a detenção do bem.

No roubo próprio, a lei menciona três meios de execução, que são a violência, a grave ameaça ou qualquer outro recurso que dificulte a defesa da vítima. No roubo impróprio, a lei menciona apenas dois, que são a grave ameaça e a violência, incabível o emprego de sonífero ou hipnose (violência imprópria).

1.8.2. Requisitos do roubo impróprio

São os seguintes os requisitos do roubo impróprio:

- Que o agente tenha se apoderado do bem que pretendia furtar. Se o agente ainda não tinha a posse do bem, não se pode cogitar de roubo impróprio, nem de tentativa. Ex.: o agente está tentando arrombar a porta de uma casa, quando alguém chega ao local e é agredido pelo agente, que visa garantir sua impunidade e fugir sem nada levar. Haverá tentativa de furto qualificado em concurso material com o crime de lesões corporais.
- Que a violência ou grave ameaça tenham sido empregadas logo após o apoderamento do objeto material.

O "logo depois" está presente enquanto o agente não tiver consumado o furto no caso concreto. Após a consumação do furto, o emprego de violência ou de grave ameaça não pode caracterizar o roubo impróprio. Haverá um furto consumado e uma lesão corporal, grave ameaça, resistência etc.

A violência ou grave ameaça pode ser contra o próprio dono do bem ou contra um terceiro qualquer, até mesmo um policial. Para a jurisprudência, se a violência contra policial serviu para transformar o furto em roubo impróprio, não se pode aplicar em concurso o crime de resistência, porque seria *bis in idem*.

- Que a violência ou grave ameaça tenham por finalidade garantir a detenção do bem ou assegurar a impunidade do agente.

1.8.3. Consumação

O roubo impróprio consuma-se no exato momento em que é empregada a violência ou grave ameaça, ainda que o agente não atinja sua finalidade (garantir a impunidade ou evitar a detenção).

O golpe desferido que não atinge a vítima é considerado violência empregada; portanto, roubo impróprio consumado.

1.8.4. Tentativa

A tentativa não é admissível, pois ou o agente emprega a violência ou a grave ameaça e o crime está consumado, ou não as emprega e o crime é o de furto.

Alguns autores (minoria) admitem a tentativa quando o agente quer empregar a violência, mas é impedido.

1.9. Causas de Aumento da Pena – Art. 157, § 2.º, do Código Penal (Roubo Circunstanciado)

Se o juiz reconhecer a existência de duas ou mais causas de aumento da pena poderá aplicar somente uma, de acordo com o parágrafo único do art. 68 do Código Penal. As causas de aumento da pena incidem apenas para o roubo simples (próprio ou impróprio), e não se aplicam ao roubo qualificado (lesão grave ou morte).

1.9.1. Emprego de arma

É chamado de roubo qualificado pelo emprego de arma; porém, o correto é nomear de causa de aumento do roubo (de 1/3 até 1/2). Arma é qualquer instrumento que tenha poder vulnerante; pode ser própria ou imprópria (qualquer objeto que possa matar ou ferir, mas que não possui esta finalidade específica, como, por exemplo, faca, tesoura, espeto etc.).

Não é necessário que a arma seja apontada para a vítima; basta que o agente esteja armado e que a vítima tome conhecimento disto. A simples simulação de arma não faz incidir o aumento da pena.

Parte da jurisprudência entende que a arma de brinquedo gera o aumento da pena, desde que tenha causado temor à vítima. Assim, o agente teria atingido sua finalidade de evitar eventuais reações e, portanto, facilitado o roubo.

Outra parte da jurisprudência (majoritária na doutrina) entende que não se aplica o aumento da pena: primeiro porque não é arma; depois porque se a arma é de brinquedo, o potencial lesivo da conduta do agente é menor. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no REsp n. 213.054, de São Paulo, em 24.10.2001, relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca, decidiu cancelar a Súmula n. 174 ("No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena."), considerando que o emprego de arma de brinquedo, embora não descaracterize o crime, não agrava o roubo, uma vez que não apresenta real potencial ofensivo. Ficou assentado que a incidência da referida circunstância de exasperação da pena:

- fere o princípio constitucional da reserva legal (princípio da tipicidade);
- configura *bis in idem*;
- deve ser apreciada na sentença final como critério diretivo de dosagem da pena (circunstância

- judicial do art. 59 do CP);
- lesa o princípio da proporcionalidade³.

De notar-se que a decisão apenas cancelou a referida Súmula, não havendo impedimento a que juízes e tribunais ainda continuem adotando a primeira orientação, que determina o agravamento da pena. Além disso, há o perigo de que, cancelada a mencionada Súmula, venham a reconhecer concurso formal entre o roubo simples e a utilização de arma de brinquedo no cometimento do crime, nos termos do art. 10, § 1.º, II, da Lei n. 9.437/97⁴. Se isso ocorrer, teremos a seguinte situação: se o agente emprega arma verdadeira, não incidindo mais a Súmula, a pena mínima abstrata é de reclusão, de quatro a dez anos (CP, art. 157, caput); se rouba com revólver de brinquedo, por força do concurso formal, a pena mínima abstrata é maior, de quatro anos e oito meses a onze anos e oito meses. Então, se o assaltante receber a mensagem, irá usar somente arma verdadeira.

Caso a arma esteja quebrada ou desmuniada, há duas posições:

- se até arma de brinquedo autoriza o aumento da pena, arma quebrada ou desmuniada também tem o mesmo efeito;
- não tem potencial ofensivo, por isso não se aplica o aumento.

1.9.2. Concurso de duas ou mais pessoas

As anotações feitas a respeito do concurso de pessoas no furto (art. 155 do CP) aplicam-se ao roubo; a distinção é quanto à natureza jurídica: naquele é qualificadora; neste é causa de aumento.

1.9.3. Serviço de transporte de valores

Aplicável apenas se a vítima está trabalhando ("em serviço") com o transporte de valores (ex.: assalto de *office-boy*, de carro-forte etc.).

Se o ladrão assaltar o motorista do carro-forte, levando somente o seu relógio, não há qualificadora. Exige-se que o agente conheça a circunstância do transporte de valor (dolo direto), não se admitindo dolo eventual.

Obs.: não existe qualificadora semelhante no crime de furto.

1.9.4. Veículo automotor que venha a ser transportado para outro estado ou país

Ver anotações sobre furto.

1.9.5. Se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade

Aplica-se às hipóteses em que a vítima é mantida pelos assaltantes por pouco tempo, ou tempo suficiente para a consumação do roubo. Se o período for longo, haverá concurso material de roubo simples e seqüestro (art. 157 c.c. art. 148, ambos do CP).

1.10. Roubo Qualificado – Art. 157, § 3.º, do Código Penal

Há duas formas de roubo qualificado, aplicáveis tanto ao roubo próprio quanto ao impróprio.

De acordo com a primeira parte do dispositivo: "se da violência resulta lesão corporal de natureza grave, a pena é de reclusão, de 7 (sete) a 15 (quinze) anos, além de multa".

Houve alteração da pena mínima, para tornar pacífico o entendimento de que as causas de aumento da pena do § 2.º não se aplicam às qualificadoras do § 3.º. Se a lesão é leve, esta fica absorvida.

³ GOMES, Luiz Flávio. STJ cancela Súmula 174: arma de brinquedo não agrava o roubo. São Paulo: IBCCrim, 27.9.2001. Disponível em: <www.direitocriminal.com.br>. O autor alinha outras conclusões do acórdão.

⁴ Sem prejuízo de que reconheçam o concurso material de crimes.

A parte final dispõe que "se resulta morte, a reclusão é de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, sem prejuízo da multa". É o denominado latrocínio (crime hediondo).

Não confundir tentativa de latrocínio com roubo qualificado pela lesão grave. O que distingue é o dolo (vontade de matar ou vontade de lesar). Se a vítima morre em razão da grave ameaça tem-se concurso formal de roubo simples e homicídio culposo (ex.: a vítima, ao ver a arma, sofre ataque cardíaco e morre).

O roubo será qualificado se a morte ou a lesão corporal grave resultarem da "violência"; o tipo não menciona a grave ameaça. Nos termos do art. 19 do Código Penal, via de regra, o crime qualificado pelo resultado é preterdoloso (há dolo na conduta antecedente e culpa na conseqüente). No crime de latrocínio, excepcionalmente, a morte pode decorrer de culpa ou dolo, respeitando-se o Princípio da Proporcionalidade das Penas (roubo simples + homicídio doloso = 4 + 12 = 16, a pena seria inferior à pena prevista para hipótese de resultar morte culposa no crime de roubo).

Súmula n. 603 do STF: "ainda que a morte seja dolosa, por haver latrocínio (crime contra o patrimônio), a competência é do juízo singular".

Tem-se, como regra, que a morte ou lesão corporal grave, resultando de violência, pode ser de qualquer pessoa. A exceção encontra-se na morte ou lesão corporal grave de co-autor ou partícipe.

1.10.1. Consumação e tentativa

Por se tratar de crime complexo tem-se o seguinte:

- Subtração consumada + morte tentada = latrocínio tentado.
- Subtração consumada + morte consumada = latrocínio consumado.
- Subtração tentada + morte tentada = latrocínio tentado.
- Subtração tentada + morte consumada = latrocínio consumado (Súmula n. 610 do STF: "Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima").

Caracteriza-se a violência quando empregada em razão do roubo (nexo causal) e durante o cometimento do delito (no mesmo contexto fático). O nexo causal estará presente quando a violência constituir meio para a subtração (ex.: roubo próprio qualificado pela morte) ou quando for empregada para garantir a detenção do bem ou a impunidade do agente (ex.: roubo impróprio).

Faltando um desses requisitos, haverá roubo em concurso material com homicídio doloso ou delito de lesão corporal dolosa.

Ex.1: João rouba alguém hoje; semanas depois, para garantir a impunidade, mata a vítima. Responderá por roubo em concurso material com homicídio.

Ex.2: ladrão mata um desafeto seu, que passa pelo local durante o roubo. Foi durante o roubo, mas não em razão dele.

2. EXTORSÃO – ART. 158 DO CÓDIGO PENAL

A extorsão consiste em empregar violência ou grave ameaça com a intenção ou de obter indevida vantagem econômica, ou para obrigar a vítima a fazer, deixar de fazer ou tolerar que se faça algo. A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa (é a mesma pena do roubo).

2.1. Objetividade Jurídica

A principal é a inviolabilidade do patrimônio. A secundária é a proteção à vida, integridade física, liberdade pessoal e tranqüilidade do espírito.

2.2. Diferença entre Extorsão e Exercício Arbitrário das Próprias Razões

Na extorsão o agente visa a uma vantagem patrimonial indevida, enquanto no exercício arbitrário das

próprias razões a vantagem é devida (art. 345 do CP).

2.3. Roubo e Extorsão

Para Nelson Hungria, no roubo o bem é tirado da vítima, e na extorsão a vítima entrega o bem. A doutrina e a jurisprudência discordam dessa teoria em algumas hipóteses que dizem respeito à conduta entregar. Quando a vítima é obrigada a entregar o objeto sem ter qualquer opção (ex.: arma de fogo apontada para ela), o crime será o de roubo. Para que o crime seja de extorsão é necessário, portanto, que, após o emprego da violência ou grave ameaça, a vítima tenha alguma opção de escolha, sendo sua colaboração imprescindível para que o agente obtenha a vantagem visada.

Enquanto no roubo a ação e o resultado são concomitantes, na extorsão o mal prometido e a vantagem são futuros.

Questão polêmica é a que diz respeito ao constrangimento da vítima para sacar dinheiro em caixa eletrônico. Para a jurisprudência, o delito é de extorsão (art. 158 do CP) e não de roubo (art.157, § 2.º, inc.V, do CP), com fundamento no princípio da dispensabilidade ou indispensabilidade da conduta da vítima.

Para o Professor Damásio de Jesus, as condutas devem ser analisadas no caso concreto: "De acordo com o princípio da prescindibilidade do comportamento da vítima, quando o autor pode obter o objeto material dispensando a sua conduta, trata-se de roubo; quando, entretanto, o escopo do agente depende necessariamente de ação do ofendido, cuida-se de extorsão". E exemplifica: "Quando o autor constrange a vítima a lhe entregar o cartão magnético, a hipótese é de roubo agravado (art.157, § 2.º, inc. V) e não de extorsão, uma vez que ele pode, para obter o dinheiro, dispensar a ação da vítima"; a solução será diversa quando "a vítima é coagida a retirar o dinheiro do banco mediante a emissão de cheque, caso em que o autor não pode prescindir de seu comportamento".

2.4. Diferença entre Extorsão e Estelionato

Para se saber se o crime é o de extorsão, deve-se verificar se a entrega do objeto material foi espontânea (voluntária) ou não. No estelionato, a entrega é espontânea porque a vítima está sendo enganada; na extorsão, esta entrega a coisa contra a sua vontade para evitar um mal maior. No estelionato, a vítima não sabe que está havendo um crime.

Quando o agente emprega fraude e violência ou grave ameaça para obter a coisa, o delito é de extorsão, pois a entrega ocorre não em razão da fraude, mas sim da violência ou grave ameaça. Observe o exemplo citado pelo Professor Victor Gonçalves: "Uma pessoa simula ser policial e, sob ameaça de morte, obriga a vítima a entregar-lhe certa quantia em dinheiro".

2.5. Extorsão e Constrangimento Ilegal

Tanto na extorsão quanto no constrangimento ilegal, o agente emprega violência ou grave ameaça contra a vítima, no sentido de que faça ou deixe de fazer alguma coisa.

A diferença entre extorsão e constrangimento ilegal está na finalidade: no constrangimento ilegal, o sujeito ativo deseja que a vítima se comporte de determinada maneira, para obter qualquer tipo de vantagem. Na extorsão, o constrangimento é realizado com o objetivo expresso no tipo de obter "indevida vantagem econômica".

2.6. Consumação e Tentativa

Súmula n. 96 do STJ: "O crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida". É, portanto, um crime formal.

De acordo com entendimento do Professor Damásio de Jesus, o crime se consuma quando a vítima faz, deixa de fazer ou tolera que se faça alguma coisa. A tentativa é possível quando o constrangido não realiza a conduta, por circunstâncias alheias à vontade do autor.

2.7. Causas de Aumento da Pena

O § 1.º do art. 158 do Código Penal dispõe que a pena é aumentada de um terço a metade (1/3 a 1/2) se o crime é cometido por duas ou mais pessoas ou com o emprego de arma.

2.8. Extorsão Qualificada

Segundo o § 2.º do mesmo dispositivo deve-se aplicar à extorsão as regras e penas do roubo qualificado pela lesão grave ou morte.

3. EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO – ART. 159 DO CÓDIGO PENAL

Trata-se de crime hediondo em todas as modalidades (forma simples ou qualificada).

As penas foram alteradas pela Lei n. 8.072/90, que aumentou a pena privativa de liberdade de 6 (seis) a 12 (doze) anos para 8 (oito) a 15 (quinze) anos, eliminando a multa. O *caput* do art. 159 do Código Penal trata da forma simples da extorsão mediante seqüestro: “seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate”.

3.1. Objetividade Jurídica

A principal é a inviolabilidade do patrimônio. A secundária é a tutela da liberdade de locomoção. Trata-se de crime complexo.

3.2 Sujeito Ativo

Sujeito ativo é qualquer pessoa.

3.3. Sujeito Passivo

Sujeito Passivo é qualquer pessoa. Admite-se a pluralidade de sujeitos passivos – um que é seqüestrado e o outro a quem se dirige a finalidade do agente de obter a vantagem.

3.4. Consumação

O crime se consuma no momento do seqüestro, com a privação da liberdade de locomoção da vítima. Trata-se, portanto, de crime formal, já que não exige o pagamento do resgate – considerado simples exaurimento. É delito permanente.

3.5. Competência

A competência para julgamento desse delito é do local onde se deu a consumação; por ser crime permanente, o local onde se estendeu o seqüestro. Se o crime consumir-se em território de duas comarcas, ambas serão competentes, fixando-se uma delas por prevenção (art. 71 do CPP).

É possível a prisão em flagrante a qualquer tempo, enquanto a vítima não for libertada (art. 303 do CPP).

3.6. Tentativa

A tentativa é possível quando, iniciado o ato de “seqüestrar”, os agentes não tiverem êxito na captura da vítima.

3.7. Extorsão Mediante Seqüestro e Rapto

No crime do art. 159 do Código Penal (extorsão mediante seqüestro) ocorre privação da liberdade com o intuito de se obter vantagem patrimonial.

No rapto, a privação da liberdade de mulher honesta (sujeito passivo do delito) tem fins libidinosos.

3.8. Extorsão Mediante Seqüestro e Seqüestro e Cárcere Privado

O seqüestro do art. 148 do Código Penal é crime subsidiário. É a privação da liberdade de alguém mediante violência ou grave ameaça, desde que o fato não constitua crime mais grave.

3.9. Elementos Objetivos do Tipo

O tipo traz a expressão “qualquer vantagem”.

PERGUNTA: Qual o seu alcance?

RESPOSTA: O Professor Damásio de Jesus entende que, para configuração da extorsão mediante seqüestro, a vantagem visada pode ser devida ou indevida, econômica ou não-econômica, uma vez que o Código Penal não especifica.

A maioria da doutrina entende que se a vantagem visada for devida haverá concurso entre os crimes de seqüestro e exercício arbitrário das próprias razões. Só existe extorsão mediante seqüestro se a vantagem for indevida e necessariamente patrimonial.

Animal capturado para exigência de resgate não caracteriza o art. 159 do Código Penal, que exige como vítima “pessoa”, caracterizando apenas crime de extorsão.

3.10. Formas Qualificadas

3.10.1. Art. 159, § 1.º, do Código Penal

A pena é de reclusão de 12 (doze) a 20 (vinte) anos, se:

- o seqüestro dura mais de 24 horas;
- a vítima tem menos de 18 anos;
- o crime é praticado por quadrilha.

Se a vítima é menor de 14 anos, não se aplica a qualificadora prevista nesse parágrafo, mas sim o art. 9.º da Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), que manda acrescentar a pena de metade, respeitando o limite máximo de 30 anos de reclusão.

Se o crime for cometido por quadrilha ou bando, aplica-se a qualificadora do parágrafo em análise, ficando absorvido o delito de quadrilha ou bando previsto no art. 288 do Código Penal, que, segundo o Prof. Victor Gonçalves, “apesar de ser delito formal e normalmente autônomo em relação às infrações perpetradas pelos quadrilheiros, nesta hipótese constituiria inegável *bis in idem*”. Para o doutrinador Julio Fabbrini Mirabete, existe concurso material com o delito de quadrilha ou bando com a pena agravada (de três a seis anos) pela Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos).

3.10.2. Art. 159, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal

A pena é de reclusão de 16 (dezesesseis) a 24 (vinte e quatro) anos, se resulta em lesão grave. E de 24 (vinte e quatro) a 30 (trinta) anos, se resulta em morte.

Essas duas qualificadoras só se aplicam quando o resultado recair sobre a pessoa da vítima (seqüestrado). A morte de outras pessoas constitui crime de homicídio autônomo em concurso com o crime do art. 159 do Código Penal.

As qualificadoras se aplicam tanto ao resultado doloso quanto ao resultado culposos. Só não será aplicada se o resultado for consequência de caso fortuito.

O reconhecimento de uma qualificadora mais grave afasta o reconhecimento de uma qualificadora menos grave.

O art. 9.º da Lei dos Crimes Hediondos dispõe aumentar da metade a pena na extorsão mediante seqüestro em três hipóteses:

- vítima com idade não superior a 14 anos;
- se a vítima é doente mental e os seqüestradores sabem dessa condição;
- se a vítima não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Se a vítima tem menos de 14 anos, só se aplica o art. 9.º da Lei dos Crimes Hediondos. A qualificadora prevista no art. 159, § 1.º, do Código Penal é afastada.

3.11. Delação Eficaz – Art. 159, § 4.º, do Código Penal

Se o crime for praticado em concurso (duas ou mais pessoas), o concorrente (co-autores e partícipes) que denunciar o fato à autoridade, facilitando a libertação da vítima, terá sua pena reduzida de 1/3 a 2/3 (um a dois terços).

O parágrafo foi inserido pela Lei dos Crimes Hediondos, alterada pela Lei n. 9.269/90. Trata-se de causa de diminuição de pena.

Haverá a diminuição da pena se a delação efetivamente facilitar a libertação da vítima. Quanto maior a colaboração, maior será a redução da pena.

4. DANO – ART. 163 DO CÓDIGO PENAL

Dano é um crime contra o patrimônio no qual o agente não visa necessariamente à obtenção de lucro.

O tipo descreve no *caput*: “Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia.

Pena: detenção de 1 a 6 meses, ou multa”.

Trata-se de crime da competência do Juizado Especial. A reparação do dano ou a simples composição em relação ao prejuízo, desde que homologado pelo juiz em audiência preliminar, gera a extinção da punibilidade do agente nos termos do art. 74, par. ún., da Lei n. 9.099/95.

4.1. Objeto Material

Objeto material é a coisa alheia (móvel ou imóvel).

4.2. Sujeito Ativo

Sujeito ativo é qualquer pessoa, menos o proprietário.

Responde pelo crime do art. 346 do Código Penal quem destrói coisa própria que se encontra em poder de terceiro em razão de contrato (ex.: aluguel, penhor etc.) ou de ordem judicial (ex.: juiz determina a penhora de um bem entregue ao depositário que não o devedor).

Se houver condômino da coisa e o bem for infungível, há crime; se o bem for fungível, só haverá crime se a conduta do agente superar sua cota- parte, pois só assim causará prejuízo ao outro.

Não há crime de dano culposo previsto pela legislação comum. No Código Penal Militar existe, por exemplo, policial desidioso que danifica sua arma.

4.3. Sujeito Passivo

Sujeito passivo é o titular do direito de propriedade.

4.4. Elementos Objetivos do Tipo

- *Destruir*: a coisa deixa de existir em sua individualidade; demolir, desfazer o objeto.
- *Inutilizar*: fazer com que o bem se torne inútil para as funções originárias.
- *Deteriorar*: qualquer outra forma de dano que não seja destruir ou inutilizar; estragar; causar modificação para pior.

A conduta de pichar caracteriza o crime do art. 65 do Código Ambiental (Lei n. 9.605/98), desde que atinja edificação ou monumento público.

Na conduta de fazer desaparecer o objeto alheio, o fato é atípico. Trata-se de uma lacuna das normas penais incriminadoras, pois não há adequação ao tipo do art. 163 do Código Penal.

A destruição do objeto material furtado é um *post factum impunível*.

4.5. Consumação

A consumação tem lugar com o efetivo dano ao objeto material, total ou parcial.

É indispensável a prova pericial no crime de dano.

4.6. Tentativa

A tentativa é admissível.

4.7. Dano Qualificado – Art. 163, par. ún., do Código Penal

A pena é de detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

4.7.1. Emprego de violência contra a pessoa ou grave ameaça

A qualificadora incide sobre o meio de execução. Se a violência ou grave ameaça é posterior ao dano, não se tem a qualificadora. Haverá concurso material se da violência resultar lesões, ainda que leves.

4.7.2. Uso de explosivo ou substância inflamável, salvo se o fato constituir crime mais grave

O tipo traz uma subsidiariedade expressa; o crime de dano ficará absorvido se o fato constituir delito mais grave, como, por exemplo, crime de incêndio (art. 250 do CP), ou de explosão (art. 251 do CP).

4.7.3. Contra o patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, da sociedade de economia mista ou concessionária de serviço público

Se o bem é particular e está locado ao Poder Público, o dano é simples, pois o patrimônio, no caso, é particular.

O preso que danifica a cela para fugir, para alguns doutrinadores, não comete crime de dano, pois este exige intenção específica de causar prejuízo à vítima. Para outros, incluindo-se o Professor Damásio de Jesus, há crime de dano, pois, para sua existência, basta que o agente tenha ciência de que causará prejuízo com sua conduta.

4.7.4. Motivo egoístico ou se resulta prejuízo considerável à vítima

A intensidade do prejuízo será analisada de acordo com o patrimônio da vítima.

4.8. Ação Penal – Art. 167 do Código Penal

No dano simples e no dano qualificado do inciso IV a ação penal é privada.

Nas demais formas de dano qualificado a ação penal é pública incondicionada.

Se o promotor denunciar por dano qualificado pelos incisos I, II ou III, e, no curso do processo, o juiz desclassificar o dano para simples, o processo deve ser anulado por ilegitimidade de parte.

MÓDULO XVIII

1. APROPRIAÇÃO INDÉBITA - ART. 168 do CP

“Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou detenção.
Pena - reclusão de 1 a 4 anos, e multa.”

Trata-se de crime que se caracteriza pela quebra da confiança, porque a vítima entrega ao agente a posse desviada, acreditando que aquele lhe restituirá o bem quando pedido.

1.1. Requisitos

- Que a vítima, por algum motivo, entregue ao agente um objeto, fazendo-o de forma livre, espontânea e consciente.
- Difere da extorsão, em que a entrega é feita em razão de violência ou grave ameaça, e do estelionato, caracterizado pela entrega de forma consciente, mas fruto de uma fraude (vítima mantida em erro). Na apropriação indébita, o agente recebe a posse lícita.
- Que o agente tenha a posse ou detenção desviada; se a posse for vigiada, o crime será o de furto. Posse vigiada é aquela em que não há autorização para a retirada do objeto da esfera de vigilância da vítima.
- Que o agente, ao receber o bem, esteja de boa-fé (não ter dolo de se apoderar do bem naquele momento). Porque, se há dolo antes do recebimento do bem, o crime é de estelionato.

Na dúvida, denuncia-se por apropriação indébita, pois, a boa-fé é presumida.

- Que, após estar na posse do bem, o agente inverta o seu ânimo em relação ao objeto, passando a se considerar e a se portar como se fosse dono.

O comportamento de dono pode se dar com o assenhoreamento definitivo (apropriação indébita negativa de restituição) ou quando o agente dispõe do bem, vendendo-o, alugando-o (apropriação indébita propriamente dita).

1.2. Observações Gerais

O funcionário público que se apropria de coisa pública, ou de coisa particular que se encontra sob a guarda da Administração, pratica o crime de Peculato (peculato-apropriação – art. 312 do CP).

A posse do todo (continente) entregue trancado não implica a posse do conteúdo. Ex.: alguém recebe um cofre trancado para transportá-lo e o arromba para se apropriar dos valores nele contidos. O agente pratica furto qualificado pelo rompimento de obstáculo.

A apropriação de uso não constitui crime pela ausência de ânimo de assenhoreamento definitivo.

É possível a apropriação indébita de coisa fungível. Há, entretanto, duas exceções, quando o bem é recebido em razão de contrato de mútuo ou de depósito, porque os arts. 1.257 e 1.280 do CC estabelecem que nesses contratos a tradição transfere a propriedade e, assim, o sujeito não recebe a “posse de coisa alheia” – recebe na posição de dono e não de possuidor de coisa alheia.

A demora na restituição em que não se estipula prazo não configura o delito. Se houver prazo para a restituição, o delito configura-se após seu decurso.

Tem-se reconhecido crime único nas condutas de quem:

- estando obrigado a uma prestação conjunta, em várias ocasiões apropria-se do numerário de terceiro;
- sendo empregado, recebe dinheiro de várias pessoas e não o entrega ao patrão.

1.3. Causas de Aumento de Pena - Art. 168, § 1.º, do CP

A razão de ser do aumento é o motivo pelo qual a pessoa recebe a posse. Aumenta-se a pena em 1/3, quando:

- Se o bem é recebido em razão de depósito necessário (art. 1.282 e 1.284 do CC):
 - *Legal*: decorre de lei. Se o funcionário público recebe um bem em depósito necessário e dele se apropria, comete peculato, art. 312 do CP.
 - *Miserável*: feito em razão de situações de calamidades como enchentes, desabamentos etc.
 - *Por equiparação*: refere-se aos valores bagagens dos hóspedes em hotéis, pensões ou estabelecimentos congêneres.
- Se o agente recebe o objeto na qualidade de: tutor, curador, síndico, inventariante, testamenteiro, liquidatário (figura que não existe mais em nosso sistema) ou depositário judicial.
- Se o agente recebe o objeto no desempenho de sua profissão, emprego ou ofício.

1.3.1. Apropriação indébita previdenciária – art. 168 - A, § 1.º (Lei n. 9.983/2000)

“Deixar de repassar à Previdência Social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional.

Pena – reclusão, de 2 a 5 anos, e multa.”

Trata-se de modalidade de sonegação fiscal.

O § 2.º estabelece a extinção da punibilidade se o agente, antes do início da ação fiscal, espontaneamente, confessa, declara, paga e presta todas as informações que lhe forem solicitadas pela Previdência.

O § 3.º, inc. I, diz que, se o pagamento for feito após o início da ação fiscal (procedimento administrativo da Previdência, que visa apurar o valor devido) e antes do oferecimento da denúncia, o juiz poderá aplicar somente a pena de multa ou conceder o perdão judicial. A providência é cabível se o réu for primário e de bons antecedentes (inc. II do mesmo parágrafo).

1.4. Apropriação de Coisa Havida Por Erro (*caput*) - Art. 169 do CP

Caracteriza-se pela entrega da coisa pela vítima, que se encontra em erro, ao agente. Diferencia-se da apropriação indébita porque nessa a vítima não está em erro.

O erro pode se referir:

- à pessoa a quem deve ser entregue o objeto;
- ao próprio objeto;
- à existência da obrigação.

1.4.1. Extorsão – estelionato – apropriação de coisa havida por erro

Se a vítima entrega o bem mediante coação, há *extorsão*, art. 168 do CP.

Se a vítima entrega a coisa por estar em erro, pode ocorrer *estelionato*, art. 171 do CP, ou *apropriação de coisa havida por erro*, art. 169 do CP.

Nos três crimes a vítima entrega o objeto. A diferença encontra-se no erro da vítima, inexistente na extorsão, antecedente no estelionato e posterior na apropriação de coisa havida por erro.

No estelionato o agente sabe que a vítima está em erro antes de receber o bem porque cria uma situação de fraude para a induzir ou manter nessa circunstância, justamente para que ela efetue a entrega do objeto (o agente recebe a coisa de má-fé).

Na apropriação de coisa havida por erro, o agente não percebe que recebeu o objeto por equívoco; posteriormente toma conhecimento do engano e decide não devolver o bem (o agente recebe a coisa de boa-fé).

1.5. Apropriação de Coisa Achada - Art. 169, par. ún., II, do CP

Tipifica a conduta de quem encontra coisa perdida e dela se apodera no total ou em parte, deixando de devolvê-la ao dono ou legítimo possuidor ou de entregá-la à autoridade no prazo de 15 dias.

A autoridade pode ser policial ou judiciária.

Coisa perdida é a que se extraviou do dono em local público ou aberto ao público. Coisa esquecida em local particular não equivale à coisa perdida.

O delito se consuma após os 15 dias que a lei estabelece para a devolução, salvo se antes disso o agente deixa clara sua intenção de não devolver. É um "crime a prazo".

2. ESTELIONATO – ART. 171 do CP

"Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.

Pena - reclusão de 1 a 5 anos, e multa."

Difere-se pelo emprego de fraude, para manter ou induzir a vítima em erro convencendo-a a entregar seus pertences.

Artifício é a utilização de algum aparato material para enganar (cheque, bilhete etc.). Ardil é a conversa enganosa. Pode ser citado, como exemplo de qualquer outra fraude, o silêncio.

"Caracteriza crime contra a economia popular: obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas, mediante especulações ou processos fraudulentos ('bola de neve', 'cadeias', 'pichardismo', e quaisquer outros meios equivalentes)" – art. 2.º, IX, da Lei n. 1.521/51.

2.1. Sujeito Ativo

Qualquer pessoa.

Admite-se o concurso de pessoas em co-autoria quando um emprega a fraude e o outro obtém a indevida vantagem patrimonial.

2.2. Sujeito Passivo

Qualquer pessoa, desde que determinada. Não se pode denunciar por estelionato quando as vítimas são indeterminadas. Em casos tais, pode se caracterizar crime contra a economia popular. Ex.: adulteração de balança.

A vítima é a pessoa enganada que sofre o prejuízo material. Pode haver mais de uma (a que é enganada e a que sofre o prejuízo).

2.3. Objetivo da Fraude

Provocar o equívoco da vítima (induzir em erro) ou manter o erro em que já incorre a vítima, independentemente de prévia conduta do agente. O emprego da fraude deve ser anterior à obtenção da vantagem ilícita.

2.4. Consumação

O estelionato tem duplo resultado (prejuízo para a vítima e obtenção de vantagem pelo agente).

O crime é material, só se consuma com a efetiva obtenção da vantagem ilícita (não há a expressão “com o fim de”, típica dos crimes formais).

Se a vítima sofre o prejuízo, mas o agente não obtém a vantagem, o crime é tentado.

2.5. Tentativa

É possível. Mas, se a fraude é meio inidôneo para enganar a vítima, o crime é impossível (por absoluta ineficácia do meio). A inidoneidade do meio deve ser analisada de acordo com as circunstâncias pessoais da vítima. Se o meio é idôneo, mas, acidentalmente, se mostrou ineficaz, há tentativa.

2.6. Observações

O tráfico de influência, art. 332 do CP, é espécie de estelionato em que a fraude consiste em dizer o agente que, de alguma forma, irá influir em funcionário público para beneficiar a vítima – é delito específico em relação ao art. 171 do CP.

Qualquer banca de jogo de azar é ilegal e o agente pratica a contravenção do art. 50 da LCP, exceto se há emprego de fraude com o fim de excluir a possibilidade de ganho – nesse caso tem-se estelionato.

Falsificação de documento público ou particular é crime, arts. 297 e 298 do CP.

PERGUNTA: Qual a responsabilização de quem falsifica documento para cometer estelionato?

RESPOSTA: Há divergência:

- Uma corrente entende que há concurso material entre falsificação de documento e estelionato (posição do STF antes de 1998). Não há absorção de um crime por outro porque atingem bens jurídicos diversos, sendo também diversas as vítimas.
- A corrente dominante aplica a Súmula n. 17 do STJ: “Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido”. Ex.: se o agente falsifica um RG e o usa junto com o cheque da vítima, a potencialidade lesiva do falso persiste, pois o agente, após entregar o cheque (cometendo estelionato – art. 171, § 2.º, VI, do CP), continua com o RG da vítima, podendo vir a praticar outros crimes – não há absorção, o agente responderá pelos dois delitos.
- Outra corrente sustenta que o falso absorve o estelionato porque tem pena mais grave. Daí a regra do crime mais grave absorver o menos grave.
- Para uma outra corrente, ambos os crimes coexistem, mas em concurso formal.

PERGUNTA: Que se entende por fraude bilateral?

RESPOSTA: Há fraude bilateral quando a vítima também age de má-fé.

PERGUNTA: No caso de fraude bilateral existe estelionato por parte de quem ficou com o lucro?

RESPOSTA: A doutrina se divide:

- Segundo Nelson Hungria não há crime, pois:
 - A lei não pode amparar a má-fé da vítima.
 - Se no cível a pessoa não pode pedir a reparação do dano, então também não há ilícito penal.
- Na visão de Magalhães Noronha, Mirabete e Damásio de Jesus existe estelionato, pois:
 - A lei não pode ignorar a má-fé do agente com a qual obteve uma vantagem ilegal (a boa-fé da vítima não é elementar do tipo).
 - O Direito Penal visa tutelar o interesse de toda a coletividade e não apenas o interesse particular da vítima.

2.7. Privilégio – Art. 171, § 1.º, do CP

2.7.1. Requisitos

- Pequeno valor do prejuízo. Para o Prof. Damásio, não deve superar um salário-mínimo. O valor do prejuízo deve ser apurado no momento de sua consumação por ser um delito instantâneo. No caso de tentativa, leva-se em conta o prejuízo que o agente pretendia causar à vítima.
- Que o agente seja primário.

As consequências são as mesmas do furto privilegiado, art. 155, § 2.º, do CP. Aplica-se às figuras do *caput* e do § 2.º, que não são qualificadoras.

Não se trata de faculdade, mas de direito do réu.

2.8. Disposição de Coisa Alheia Como Própria – Art. 171, § 2.º, I, do CP

O fato consuma-se com o recebimento da vantagem.

Não é necessária a tradição ou inscrição no registro do objeto da venda.

A ciência do adquirente exclui o delito. O silêncio do agente a respeito da propriedade da coisa é imprescindível.

É admissível a tentativa.

Tem-se entendido que, se o agente está na posse ou na detenção do objeto material e o aliena, responde somente por apropriação indébita, ficando absorvido o estelionato, a não ser que tenha agido com dolo *ab initio*, caso em que prevalece o estelionato.

2.9. Alienação ou Oneração Fraudulenta de Coisa Própria – Art. 171, § 2.º, II, do CP

A inalienabilidade pode ser legal, convencional ou testamentária.

A simples promessa de venda não configura o delito.

Consuma-se com a obtenção da vantagem.

A tentativa é admissível.

2.10. Defraudação de Penhor – Art. 171, § 2.º, III, do CP

O sujeito ativo é somente o devedor do contrato de penhor.

Consiste em defraudar o objeto material que constitui a garantia pignoratícia.

Trata-se de crime material, exigindo-se a efetiva defraudação da garantia pignoratícia.

Consuma-se com a alienação, a ocultação, o desvio, a substituição, o consumo, o abandono etc. da coisa dada em garantia.

2.11. Fraude na Entrega de Coisa

O sujeito ativo é aquele que tem a obrigação de entregar a coisa a alguém.

A ação incide sobre a qualidade ou a quantidade da substância.

Consuma-se com a tradição do objeto material.

Admite-se a tentativa.

2.12. Fraude para Recebimento de Indenização ou Valor de Seguro – Art. 171, § 2.º, V, do CP

O sujeito ativo é o segurado, o sujeito passivo, o segurador.

Trata-se de crime próprio.

Nada impede que terceiro intervenha no comportamento típico, respondendo também pelo crime. Na hipótese de lesão causada no segurado, o terceiro responde por dois crimes: estelionato e lesão corporal.

É crime formal, basta que se realize a conduta, independentemente da obtenção da vantagem indevida. Não é necessário que o autor do fato seja o beneficiário do contrato de seguro, pode ser que terceiro venha a receber o valor da indenização.

Admite-se a tentativa.

2.13. Fraude no Pagamento por Meio de Cheque – Art. 171, § 2.º, VI, do CP

“VI – emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento”
Emitir é preencher, assinar e colocar em circulação (entregar a alguém).

Súmula n. 521 do STF: “O foro competente para o processo e o julgamento dos crimes de estelionato, sob a modalidade da emissão dolosa de cheque sem provisão de fundos, é o do local onde se deu a recusa do pagamento pelo sacado.”

Súmula n. 48 do STJ: “Compete ao juízo do local da obtenção da vantagem ilícita processar e julgar o crime de estelionato cometido mediante falsificação de cheque”.

Súmula n. 246 do STF: “Comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheques sem fundos”.

Trata-se de crime doloso, não admite a modalidade culposa.

No caso de o agente emitir dolosamente um cheque sem fundos, mas, antes da consumação, se arrepender e depositar o valor, ocorre o arrependimento eficaz que exclui o crime.

O pagamento com cheque roubado caracteriza estelionato simples.

O desconto do cheque fora do prazo para apresentação descaracteriza o delito.

Se, após a consumação do delito e antes do recebimento da denúncia, o agente pagar o valor do cheque, incide o art. 16 do CP, que estabelece redução de pena de 1 a 2/3 – revogando a Súmula n. 554 do STF: “O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal.”

O entendimento era no seguinte sentido: se o pagamento efetuado após a denúncia não obstava a ação penal, o pagamento efetuado antes da denúncia impedia a ação penal.

Com a reforma penal de 1984, surgiu o instituto do arrependimento posterior (art. 16 do CP), que impõe a redução da pena para a hipótese.

Na prática, porém, por questão de política criminal, a súmula continua sendo aplicada. O Prof. Damásio entende que não houve cancelamento.

A reparação do dano feita após o recebimento da denúncia é mera atenuante genérica.

Frustrar o pagamento do cheque é o segundo núcleo do crime. Caracteriza-se pela existência de fundos no momento da emissão e o posterior impedimento do recebimento do valor, p. ex., sustação de cheque, saque da garantia antes da apresentação do cheque etc.

2.13.1. Consumação

Quando o banco sacado se recusa a efetuar o pagamento – basta uma única recusa.

2.13.2. Tentativa

A tentativa existe nas duas modalidades. Ex.: o agente atua com dolo mas esquece que tem dinheiro na conta e o banco paga o cheque. O agente quis o estelionato, mas por circunstâncias alheias à sua vontade o crime não se consumou.

2.13.3. Observação

O delito em estudo pressupõe que a emissão do cheque sem fundos tenha sido a fraude empregada pelo agente para induzir a vítima em erro e convencê-la a entregar o objeto. Não há crime quando o prejuízo preexiste em relação à emissão do cheque (ex.: empréstimo e posterior pagamento com cheque sem fundos).

Pela mesma razão, não há crime quando o cheque é entregue em substituição a outro título de crédito anteriormente emitido.

Se o agente encerra sua conta corrente, mas continua emitindo cheques que manteve em seu poder, configura o crime (art. 171, *caput*, do CP). É o estelionato do *caput* porque a fraude preexiste em relação à emissão do cheque.

Inexiste crime quando o cheque é emitido para pagamento de dívida de conduta ilícita (jogo, p. ex.).

No caso de cheque especial, só há crime se o cheque emitido superar o limite que o banco oferece ao correntista.

A natureza jurídica do cheque é de ordem de pagamento a vista. Qualquer atitude que desconfigure essa natureza afasta o delito em análise. Ex.: cheque pré-datado, cheque dado como garantia etc.

2.14. Art. 171, § 3.º, do CP – Causa de aumento de pena

Aumenta-se a pena em 1/3:

- Se o estelionato é praticado contra entidade de direito público. A Súmula n. 24 do STF estipula: "Aplica-se ao crime de estelionato, em que figure como vítima entidade autárquica da Previdência Social, a qualificadora do § 3.º do art. 171 do Código Penal".
- Se é praticado contra entidade assistencial, beneficente ou contra instituto de economia popular. Porque o prejuízo não atinge apenas as entidades, mas todos os seus beneficiários.

3. RECEPÇÃO – ART. 180 do CP

Trata-se de crime acessório, cuja existência exige a prática de um delito antecedente. O tipo menciona "produto de crime" para a caracterização da receptação, portanto, aquele que tem sua conduta ligada a uma contravenção anterior não comete receptação.

A receptação é crime contra o patrimônio, porém, o crime antecedente não precisa estar previsto no título dos crimes contra o patrimônio, mas é necessário que cause prejuízo a alguém (ex.: receber coisa produto de peculato).

A receptação é crime de ação pública incondicionada, independente da espécie de ação do crime anterior.

Existe receptação de receptação, "e respondem pelo crime todos aqueles que, nas sucessivas negociações envolvendo o objeto, tenham ciência da origem espúria do bem. Desse modo, ainda que tenha ocorrido uma quebra na seqüência, haverá receptação; por ex.: o receptador A vende o objeto para B, que não sabe da origem ilícita e, por sua vez, vende-o a C, que tem ciência da origem espúria do objeto. É óbvio que nesse caso A e C respondem pela receptação, pois o objeto não deixa de ser produto de furto apenas porque B não sabia da sua procedência" (Victor Gonçalves).

3.1. Art. 180, § 4.º, do CP

Trata-se de norma penal explicativa que impõe a autonomia da receptação, traçando duas regras: a receptação é punível ainda que desconhecido o autor do crime antecedente, ou isento o mesmo de pena

São causas de isenção de pena que não atingem o delito de receptação:

- excludentes de culpabilidade (p. ex.: inimputabilidade);
- escusas absolutórias (art. 181 do CP).

Comete crime de receptação quem adquire objeto furtado por alienado mental, ou por alguém que subtraiu do ascendente, p. ex.

De acordo com o disposto no art. 108 do CP, a extinção da punibilidade do crime anterior não atinge o delito que dele dependa, salvo duas exceções, *abolitio criminis* e anistia.

3.2. Sujeito Ativo

Pode ser praticado por qualquer pessoa, desde que não seja o autor, co-autor ou partícipe do delito antecedente.

O advogado não se exime do crime com o argumento de que está recebendo honorários advocatícios.

3.3. Sujeito Passivo

É a mesma vítima do crime antecedente.

O tipo não exige que a coisa seja alheia, no entanto o proprietário do objeto não comete receptação quando adquire o bem que lhe havia sido subtraído – porque não se pode ser sujeito ativo e passivo de um mesmo crime.

Tem-se como exceção o mútuo pignoratício – alguém toma um empréstimo e deixa com o credor uma garantia. Terceiro furta o objeto, sem qualquer participação do proprietário, e oferece a esse, que adquire com o intuito de favorecer-se. Há receptação porque o patrimônio do credor foi lesado com a perda da garantia.

3.4. Objeto Material

A coisa deve ser produto de crime ainda que tenha sido modificado; p. ex.: furto de automóvel – há receptação mesmo que sejam adquiridas apenas algumas peças.

O instrumento do crime (arma, chave falsa etc.) não constitui objeto do crime de receptação, pois não é produto de crime.

PERGUNTA: Imóvel pode ser objeto de receptação?

RESPOSTA: A doutrina não é pacífica:

- Como a lei não exige que a coisa seja móvel, tal como faz em alguns delitos (p. ex.: art. 155 do CP), Mirabete e Fragoso entendem que pode ser objeto de receptação.
- Na opinião de Damásio de Jesus, Nelson Hungria e Magalhães Noronha, a palavra receptação pressupõe o deslocamento do objeto, tornando prescindível que o tipo especifique “coisa móvel; dessa forma, excluem a possibilidade de um imóvel ser objeto de receptação. É a posição do STF.

3.5. Receptação Dolosa Simples – art. 180, *caput*, do CP

3.5.1. Receptação própria – art. 180, *caput*, 1.^a parte, do CP

São cinco as condutas típicas:

- *Adquirir*: obter a propriedade a título oneroso ou gratuito.
- *Receber*: obter a posse (emprestar).
- *Ocultar*: esconder.
- *Conduzir*: estar na direção, no comando do veículo.
- *Transportar*: levar de um lugar para outro.

As duas últimas figuras foram introduzidas no CP pela Lei n. 9.426/96.

A receptação distingue-se do favorecimento real (art. 349 do CP) porque nesse o agente oculta o objeto material do crime pretendendo auxiliar o infrator; naquela, o fato é praticado em proveito próprio ou alheio, há intenção de lucro e não de favorecer o sujeito ativo do delito anterior.

À receptação dolosa aplica-se o privilégio previsto no § 2.º do art. 155 do CP, como dispõe a 2.ª parte do § 5.º do art. 180 do CP.

3.5.2. Consumação

É delito material, consuma-se quando o agente adquire, recebe, oculta, conduz ou transporta, sendo que os três últimos núcleos tratam de crime permanente cuja consumação protraí-se no tempo, permitindo o flagrante a qualquer momento.

3.5.3. Tentativa

É possível.

3.5.4. Elemento subjetivo

É o dolo direto, o agente deve ter efetivo conhecimento da origem ilícita do objeto, não basta a dúvida (o dolo eventual).

O dolo subsequente não configura o delito, como no caso de o agente vir a descobrir posteriormente que a coisa por ele adquirida é produto de crime.

3.5.5. Receptação imprópria – art. 180, caput, 2.ª parte, do CP

A receptação imprópria consiste em influir para que terceiro, de boa-fé, adquira, receba ou oculte objeto produto de crime.

Influir significa persuadir, convencer etc.

A pessoa que influi chama-se intermediário, não pode ser o autor do delito antecedente e necessariamente tem de conhecer a origem espúria do bem, enquanto o terceiro (adquirente) deve desconhecer o fato.

Quem convence um terceiro de má-fé é partícipe da receptação desse.

3.5.6. Consumação

Ocorre no exato instante em que o agente mantém contato com o terceiro de boa-fé, ainda que não o convença a adquirir, receber ou ocultar – crime formal. Assim, não se admite tentativa, pois ou o agente manteve contato com o terceiro configurando-se o crime ou não, tornando-se fato atípico.

3.6. Causa de Aumento – Art. 180, § 6.º, do CP

É o antigo § 4.º, que cuidava de qualificadora, tendo sua natureza jurídica modificada pela Lei n. 9.426/96, tratando-se agora de causa de aumento.

Se o objeto é produto de crime contra a União, Estado, Município, concessionária de serviço público ou sociedade de economia mista, a pena aplica-se em dobro.

O agente deve saber que o produto do crime atingiu uma das entidades mencionadas. Se assim não fosse, haveria responsabilidade objetiva.

A figura do § 6.º só se aplica à receptação dolosa do *caput*.

3.7. Receptação Qualificada – art. 180, § 1.º, CP

A pena é de reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa se o crime é praticado por comerciante ou industrial no exercício de suas atividades, que deve saber da origem criminosa do bem.

O *nomem juris* do delito está incorreto, pois trata-se de um tipo autônomo e próprio, já que só pode ser cometido por comerciante ou industrial.

Interpretação da expressão *deve saber*:

- Trata-se de dolo eventual (Celso Delmanto, Paulo José da Costa Júnior e Damásio de Jesus).
- Significa culpa (Nélson Hungria e Magalhães Noronha).

PERGUNTA: Como punir o comerciante que sabe da procedência ilícita (dolo direto)?

RESPOSTA: A questão não é pacífica:

- Alguns entendem que também incide a forma qualificada, uma vez que é conduta mais grave.
- O prof. Damásio defende a necessidade de aplicar o princípio da tipicidade plena, por isso o comerciante que "sabe" (dolo direto) só pode ser punido pela figura simples do *caput*. Enquanto o comerciante que "deve saber" responde pela forma qualificada do § 1.º. Por essa interpretação a condenação torna-se injusta, pois a conduta mais grave terá pena menor.
- Outros afirmam que o "deve saber" é usado como elemento normativo do tipo; o juiz deve analisar, pelo ramo do comércio, se o comerciante tinha ou não a obrigação de saber da origem ilícita do bem.

3.8. Art. 180, § 2.º, do CP

Para fins penais, considera-se comerciante aquele que exerce sua atividade de forma irregular ou clandestina, mesmo que em residência.

É uma norma de extensão, pois explica o que se deve entender por "atividade comercial".

3.9. Receptação Culposa – Art. 180, § 3.º, do CP

Adquirir ou receber são os verbos do tipo, que excluiu a conduta "ocultar" por se tratar de hipótese reveladora de dolo.

Os crimes culposos, em geral, têm o tipo aberto, a lei não descreve as condutas, cabendo ao juiz a análise do caso concreto. A receptação culposa é exceção, pois a lei descreve os parâmetros ensejadores da culpa:

- Desproporção entre o valor de mercado e o preço pago: deve haver uma desproporção considerável, que faça surgir no homem médio uma desconfiança.
- Natureza do objeto: certos objetos exigem maiores cuidados quando de sua aquisição. Ex.: armas de fogo – deve-se exigir o registro.
- Condição do ofertante: quando é pessoa desconhecida ou que não tem condições de possuir o objeto, como no caso do mendigo que oferece um relógio de ouro.

O tipo abrange o dolo eventual, mesmo tratando-se de modalidade culposa. Entende a doutrina e a jurisprudência que o dolo eventual não se adapta à hipótese do *caput* do art. 180 do CP, que pune apenas o dolo direto, enquadrando-se na receptação culposa prevista no § 3.º do artigo.

3.9.1. Consumação

Quando a compra ou o recebimento se efetivam.

Não cabe tentativa, porque não se admite tentativa de crime culposos.

3.10. Art. 180, § 5.º, do CP

O parágrafo prevê o perdão judicial (na primeira parte) e a aplicação do § 2.º do art. 155 do CP – privilégio (na 2.ª parte).

O perdão judicial somente é aplicado à receptação culposa, exigindo que:

- o agente seja primário;
- o juiz considere as circunstâncias.

Trata-se de direito subjetivo do réu e não faculdade do juiz em aplicá-lo – não obstante a expressão *pode*.

4. DISPOSIÇÕES GERAIS

Válidas para todos os crimes contra o patrimônio.

4.1. Imunidades Absolutas – Art. 181 do CP

A consequência é a isenção de pena. Tem natureza jurídica de escusa absolutória; significa que subsiste o crime com todos os seus requisitos, excluindo-se apenas a punibilidade.

Em razão disso, a autoridade policial está impedida de instaurar inquérito policial.

4.1.1. Hipóteses legais

- Se o crime é praticado em prejuízo do cônjuge na constância da sociedade conjugal.

Pouco importa o regime de bens do casamento. Leva-se em conta a data do fato, que deve ocorrer na constância do casamento. Se o fato delituoso ocorre antes do casamento não persiste o benefício. *A separação de fato não exclui a imunidade.*

A imunidade alcança ao concubino, se o fato ocorre durante a vida em comum (*analogia in bonam partem*). Não alcança os noivos, mesmo que venham a se casar.

- Se o crime é praticado em prejuízo de ascendente ou de descendente.

Atinge qualquer grau de parentesco na linha reta. Não abrange o parentesco por afinidade.

A enumeração legal é taxativa.

A obrigação de reparação do dano não é excluída.

4.2. Imunidades Relativas – Art. 182 do CP

Transformam o crime contra o patrimônio de ação penal pública incondicionada em condicionada à representação.

4.2.1. Hipóteses legais

Se o crime é cometido em prejuízo:

- Do cônjuge desquitado ou judicialmente separado. Se o fato ocorre após o divórcio não há qualquer imunidade.
- De irmão, sejam germanos ou unilaterais.
- De tio ou sobrinho, com quem o agente coabita – deve ser na mesma residência e de forma não-transitória.

4.3. Art. 183 do CP

Prevê duas hipóteses em que fica vedada a aplicação das imunidades (absoluta e relativa):

- Nos crimes de roubo e de extorsão, ou, em geral, quando há emprego de violência ou grave ameaça (p. ex., esbulho possessório e dano qualificado pela violência ou grave ameaça).
- Ao terceiro que toma parte do crime.

O Prof. Damásio cita o seguinte ex.: o filho, em companhia de terceiro, subtrai bens de seu pai. O terceiro responde por delito de furto qualificado pelo concurso de agentes.

MÓDULO XIX

1. ESTUPRO – ART. 213 DO CÓDIGO PENAL

“Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.”

1.1. Objetividade Jurídica

Proteger a liberdade sexual da mulher.

1.2. Sujeito Ativo

Em regra, o sujeito ativo é o homem; porém, a mulher também pode praticar crime de estupro se auxiliar na conduta delituosa – hipótese de concurso de agentes.

A mulher será autora mediata se utilizar um homem para manter conjunção carnal à força com outra mulher.

PERGUNTA: Marido pode praticar estupro contra a mulher?

RESPOSTA: Há duas correntes a respeito do tema:

- Uma sustenta que há crime se a esposa tem justa causa para negar a conjunção carnal. Para Nelson Hungria a resposta é “não, a não ser que ela tenha justa causa”, como, por exemplo, no caso de doença venérea do marido. Essa corrente é a majoritária.
- A posição do Ministério Público de São Paulo, jungida aos ensinamentos do Professor Damásio de Jesus, entende que o marido pratica o crime de estupro sempre que precisa constranger a mulher a manter conjunção carnal.

PERGUNTA: É possível o concurso de agentes no crime de estupro?

RESPOSTA: Sim. Exemplificando: três homens revezam-se na prática da conjunção carnal – enquanto um mantém a relação sexual, os outros dois ajudam a constranger a vítima (é a denominada curra).

PERGUNTA: Qual será a resposta penal para o exemplo acima citado?

RESPOSTA: Cada um responderá por três delitos de estupro: um como autor e os outros dois como co-autores. A jurisprudência, entretanto, posiciona-se no sentido da existência de crime continuado.

PERGUNTA: É possível crime continuado em estupro?

RESPOSTA: Sim, tornando-se necessário distinguir duas situações:

- se, no mesmo contexto fático, o homem mantém diversas conjunções carnavais com a mulher, configura-se crime único;
- se, em momentos distintos, o agente pratica o crime de estupro aproveitando-se das mesmas “condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes” – art. 71 do Código Penal, haverá crime continuado. Pode-se citar como exemplo o pai que estupra a filha um dia, depois outro etc., na mesma casa.

Atenção: mulher que força homem a manter com ela relação sexual pratica o crime de constrangimento ilegal.

A impotência sexual crônica torna o crime de estupro impossível; se a incapacidade ocorrer apenas naquele momento, haverá tentativa de estupro.

1.3. Sujeito Passivo

O sujeito passivo é a mulher.

A prostituta pode ser vítima de estupro porque a lei não menciona mulher honesta. O hermafrodita pode ser vítima apenas se preponderar o órgão feminino.

1.4. Elementos Objetivos do Tipo

- *Conjunção carnal:* é o que diferencia o estupro do atentado violento ao pudor. A conjunção carnal consiste na introdução completa ou incompleta do pênis na vagina.

O coito vulvar, cópula vestibular, interfêmura, não configura o delito; entretanto, quando essa prática resultar gravidez, a jurisprudência reconhece o estupro.

A vagina forma-se completamente próximo dos 11 anos de idade.

PERGUNTA: Se a vítima não tem vagina formada, é possível conjunção carnal?

RESPOSTA: Existem duas posições:

- para a primeira, ocorre atentado violento ao pudor;
- para a segunda, defendida pelo Professor Damásio de Jesus, se o desenvolvimento do órgão permite a conjunção carnal, há crime de estupro.

- *Constrangimento da vítima:* “constranger” significa obrigar, forçar, coagir; a vítima tem de não querer; deve haver resistência, oposição, ainda que mínima, pois o consentimento afasta o crime.

O constrangimento caracteriza-se pela violência ou grave ameaça (promessa de um mal considerável).

O temor reverencial é a submissão em relação ao ascendente.

PERGUNTA: O temor reverencial pode configurar constrangimento?

RESPOSTA: Dependendo do caso concreto e das condições da vítima, é possível evidenciar-se o constrangimento.

A ameaça não tem de ser injusta. Ex.: policial diz para presa manter relação com ele, senão continuará presa – isso caracteriza estupro.

Em caso de violência durante a conjunção carnal consentida não se exprime o crime de estupro, mas sim o de lesão corporal. A violência descrita no art. 213 do Código Penal deve acontecer antes, visando a obtenção da conjunção carnal.

1.5. Elemento Subjetivo do Tipo

O elemento subjetivo do tipo é o dolo, consistente na vontade de obter a conjunção carnal.

1.6. Consumação

A consumação ocorre com a conjunção carnal, ou seja, introdução completa ou incompleta do pênis na vagina.

1.7. Tentativa

A tentativa é possível, desde que o agente inicie a execução e não alcance a consumação por circunstâncias alheias a sua vontade.

PERGUNTA: Estupro admite desistência voluntária?

RESPOSTA: Sim, respondendo o agente pelos atos anteriormente praticados.

1.8. Assédio Sexual

Até o advento da Lei n. 10.224/2001, o assédio sexual não tinha tipificação adequada no Brasil; restava a subsunção à contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (art. 61 da LCP).

Com a citada lei, o assédio sexual passou a ser crime descrito no art. 216-A do Código Penal: "Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Pena – detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos".

1.9. Concurso de Crimes

1.9.1. Estupro e atentado violento ao pudor

Se os atos libidinosos foram praticados como preliminar para a conjunção carnal, caracteriza-se apenas o estupro.

Se os atos foram praticados de forma independente, há concurso material de crimes.

1.9.2. Estupro e perigo de contágio venéreo

Se o agente é portador de doença venérea e comete o delito de estupro, há concurso formal (apenas uma conduta ofendendo mais de um bem jurídico).

Se o agente queria estuprar e transmitir a doença venérea, o concurso formal é impróprio – art. 70, segunda parte, do Código Penal. As penas serão somadas porque as condutas resultam de desígnios autônomos.

Obs.: Aids não é hipótese de doença venérea; se a intenção do agente é transmiti-la, enquadra-se na tentativa de homicídio.

1.9.3. Estupro e posse sexual mediante fraude

Não é possível o concurso de crimes nessa hipótese porque, na posse sexual mediante fraude, a conjunção carnal é consentida (decorrência da fraude), tornando-se incompatível com o estupro, que exige o dissentimento da vítima.

Descoberta a fraude, se a vítima resistir e o agente forçá-la, mediante violência ou grave ameaça, haverá estupro.

2. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – ART. 214 DO CÓDIGO PENAL

"Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos".

2.1. Diferenças entre Estupro e Atentado Violento ao Pudor

No estupro, o sujeito passivo é a mulher; no atentado violento ao pudor, qualquer pessoa.

O estupro exige a conjunção carnal; o atentado violento ao pudor configura-se mediante a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

2.2. Bem Jurídico Tutelado

O bem jurídico tutelado é a liberdade sexual de qualquer pessoa.

2.3. Sujeito Ativo e Sujeito Passivo

O sujeito ativo e o sujeito passivo podem ser qualquer pessoa.

Atenção: quando homem é constrangido a manter relação carnal, o delito é de constrangimento ilegal.

A impotência impede a prática do estupro, mas não de atentado violento ao pudor, que prescinde da conjunção carnal.

O ato libidinoso deve ser considerado objetivamente. Toma-se por base a conduta que é ofensiva para o pudor coletivo, não para o agente. Ex.: infrator que satisfaz seu impulso de luxúria acariciando o cabelo da vítima; não há ato lascivo nessa conduta, descaracterizando o atentado violento ao pudor.

Se o agente constrange a vítima, obrigando-a a se masturbar para que possa contemplá-la (visão lasciva do agente), há crime de atentado violento ao pudor. Posição contrária defende que é caso de constrangimento ilegal, porque, segundo Nelson Hungria, para caracterização do atentado violento ao pudor exige-se o contato físico.

PERGUNTA: O ato libidinoso precisa acontecer entre o agente e a vítima?

RESPOSTA: O entendimento majoritário é de que não precisa. Ex.: o autor do crime constrange a vítima a praticar ato libidinoso em terceiro.

O terceiro pode ser vítima (se desconhecer o constrangimento daquela que pratica o ato) ou um co-autor.

PERGUNTA: A vítima tem de participar do ato?

RESPOSTA: Sua participação é sempre necessária, porque o tipo é expresso "... praticar ou permitir que com ele se pratique...".

Se a vítima é obrigada a assistir o ato libidinoso diverso da conjunção carnal em outras pessoas, não está praticando, nem permitindo que se pratique. É caso de constrangimento ilegal ou corrupção de menores (se for menor entre 14 e 18 anos).

PERGUNTA: A vítima precisa ter consciência do ato libidinoso que está praticando?

RESPOSTA: Não, porque o ato deve ser objetivamente libidinoso.

2.3.1. Observações

A vítima não precisa estar sem roupa.

A vítima precisa se opor, ou seja, o constrangimento deve ficar caracterizado.

O ataque-surpresa pode configurar atentado violento ao pudor – violência presumida.

A palavra e o escrito obscenos não configuram o crime de atentado, pois a manifestação corpórea é indispensável para sua caracterização.

2.4. Elemento Subjetivo do Tipo

O elemento subjetivo do tipo é o dolo, consistente na vontade de praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

2.5. Consumação e Tentativa

O atentado violento ao pudor consuma-se com a prática do ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

A tentativa é admissível quando, empregada a violência, a conduta não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

O beijo lascivo, sem o consentimento da vítima, pode configurar a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (art. 61 da LCP).

MÓDULO XX

1. SEDUÇÃO – ARTIGO 217 DO CÓDIGO PENAL

"Seduzir mulher virgem, menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (catorze), e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos".

1.1. Objeto Jurídico

Tutela-se a honra sexual (a virgindade) da menor.

1.2. Sujeito Passivo

Sujeito passivo é a mulher virgem, maior de 14 e menor de 18 anos de idade, que nunca manteve conjunção carnal, independentemente da integridade do hímen.

Considera-se a mulher maior de 14 anos no dia seguinte da data do seu aniversário. Se for menor de 14 anos, configura-se estupro em razão da presunção de violência (art. 224, "a" do CP).

PERGUNTA: Mulher anteriormente estuprada pode ser vítima de sedução?

RESPOSTA: Não, uma vez que não preenche o requisito da virgindade exigido pelo tipo.

1.3. Sujeito Ativo

Sujeito ativo é o homem, pois a conjunção carnal integra os elementos do tipo. A mulher pode ser partícipe. Há, ainda, quem afirme na doutrina, isoladamente, a possibilidade da mulher ser co-autora do crime de sedução.

1.4. Elementos Objetivos do Tipo

O núcleo do tipo é o verbo seduzir, no sentido de convencer, atrair, dominar, conquistar, viciar a vontade da menor para com ela manter conjunção carnal.

A *inexperiência* e a *justificável confiança* são elementos normativos do tipo, ou seja, sujeitam-se a um juízo de valor. A lei não exige a aferição de ambos para configuração do delito, pois são requisitos alternativos.

Inexperiente é a menor sexualmente ingênua ou inocente, que não conhece a prática dos atos de natureza sexual. A inexperiência não deve ser confundida com a falta de cultura. A doutrina classifica essa hipótese como *sedução simples*.

Justificável confiança é a especial relação entre o autor e a vítima, que permite àquele ludibriar esta com promessa séria de casamento, noivado oficial etc. Nesse caso não se discute a experiência da vítima. A doutrina caracteriza a hipótese como *sedução qualificada*.

A mulher experiente e virgem pode ser vítima de sedução pela justificável confiança.

1.5. Elemento Subjetivo

O crime de sedução é punível a título de dolo, vontade de seduzir.

PERGUNTA: É possível que o agente alegue desconhecimento sobre a idade da vítima ou acerca da sua virgindade?

RESPOSTA: Sim, pois a vítima pode aparentar ou dizer que tem mais idade. Pode, também, o hímen ser complacente, fazendo com que o agente incorra em erro de tipo. Nesses casos exclui-se o dolo, desde que o erro seja invencível (art. 20 do CP).

O Professor Damásio de Jesus afirma que a "honestidade da vítima verifica-se implícita no tipo; é elementar do crime que a ofendida seja pessoa de bons costumes"⁵.

1.6. Consumação e Tentativa

O crime consuma-se com a conjunção carnal.

A tentativa é admissível, apesar da dificuldade encontrada para a constatação.

2. CORRUPÇÃO DE MENORES – ARTIGO 218 DO CÓDIGO PENAL

"Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos".

2.1. Objeto Jurídico

Tutela-se a moral sexual dos menores.

2.2. Sujeito Passivo

Sujeito passivo é qualquer pessoa (homem ou mulher), desde que maior de 14 e menor de 18 anos de idade. Assim, não se considera vítima a pessoa com menos de 14 anos e um dia ou com 18 anos completos.

PERGUNTA: Menor prostituída pode ser vítima de corrupção?

RESPOSTA: Não, porque não há mais o que corromper.

Obs.: o legislador pátrio foi omissivo, não tipificando a conduta do agente que obriga vítima menor de 14 anos a presenciar ato de libidinagem. Não é possível enquadrar essa conduta no delito de constrangimento ilegal porque o nosso Direito Penal não considera a vontade do menor de 14 anos. A presente conduta também não configura atentado violento ao pudor nem estupro porque presenciar não é praticar.

2.3. Elementos Objetivos do Tipo

Esse crime tutela a moral sexual.

Corromper: depravar, perverter a moral sexual do menor.

O menor pode estar parcialmente corrompido; neste caso, haverá o crime. Ex.: menina de 15 anos "saidinha", mas alguém a transforma em prostituta. Também é crime ajudar, auxiliar a corromper = facilitar.

PERGUNTA: Basta o ato de libidinagem para ocorrer a corrupção de menores?

RESPOSTA: Para Nelson Hungria, corrupção de menores é crime formal, ou seja, basta o ato de libidinagem. Os autores mais atuais dizem que o crime é material, ou seja, não basta o ato de libidinagem; é preciso a efetiva corrupção, sendo essa a posição majoritária da doutrina e da jurisprudência.

Antigamente, podia-se dizer que o crime era formal, pois o ato libidinoso deteriorava a moral sexual do menor por não ser normal para a época. O ato de libidinagem, hoje, por si só, não corrompe; em consequência, o delito passou a ser material.

A conjunção carnal está incluída na corrupção de menores.

⁵ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. 14.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1999. Vol. 3.

Existe um outro crime de corrupção de menores que consta na Lei n. 2.252/54. Difere do previsto no art. 218 do Código Penal (moral sexual). A Lei especial tipifica a corrupção do menor de 18 anos para a prática de ilícitos penais, tais como furto e roubo.

2.4. Elemento Subjetivo do Tipo

É o dolo, intenção de corromper.

O autor pode alegar que não sabia que a pessoa era menor; a dúvida exclui o dolo.

2.5. Consumação

Se o crime for considerado formal, segundo posição de Nelson Hungria, a prática de qualquer ato libidinoso consoma o delito; se entendido que o crime é material, a consumação ocorre com a prática do ato que leve à corrupção.

2.6. Tentativa

É possível. Se o crime for tido como:

- *formal*: qualquer tentativa de ato libidinoso configura a tentativa de corrupção de menores;
- *material*: para que haja tentativa de corrupção de menores, é preciso que a tentativa de um ato libidinoso leve à efetiva corrupção.

3. RAPTO VIOLENTO OU MEDIANTE FRAUDE – ARTIGO 219 DO CÓDIGO PENAL

“Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.”

3.1. Objeto Jurídico

Tutela-se a liberdade física e sexual da mulher, além da organização familiar.

3.2. Sujeito Passivo

Apenas a mulher honesta pode ser sujeito passivo desse delito, pois é elemento normativo do tipo. Averigua-se, após um juízo de valoração, o comportamento da mulher: para ser honesta, deve ser aceita pela sociedade.

Mulher desonesta, prostituta, depravada, não pode ser sujeito passivo da incriminação.

3.3. Sujeito Ativo

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, não havendo distinção de sexo.

3.4. Elementos Objetivos do Tipo

A conduta-núcleo do tipo é o verbo raptar, no sentido de privar de liberdade, seqüestrar, subtrair a pessoa.

Aqui cabe ressaltar a diferença entre o crime em estudo e o seqüestro. Rapto é a privação de liberdade com fim libidinoso. Se não houver esse fim, configura-se o crime de seqüestro.

3.5. Meios de Execução

O rapto pode ser violento ou mediante fraude:

- subtração da vítima da esfera de vigilância de seus responsáveis, passando ao domínio do agente;

- *rapto por retenção*: caracteriza-se quando a vítima, após ser atraída por meio de fraude, é impedida de se retirar do local, ficando sob o domínio do agente.

3.6. Elementos Subjetivos do Tipo

Os elementos subjetivos do tipo são dois: o dolo e o fim libidinoso (intenção de satisfação sexual).

Ausente o especial fim de agir (libidinoso), pode subsistir o delito de constrangimento ilegal (art. 146 do CP) ou o seqüestro (art. 148 do CP), desde que presentes as respectivas elementares.

3.7. Consumação

O rapto é crime formal e se consuma com a privação da liberdade da vítima por tempo juridicamente relevante.

3.8. Tentativa

Admite-se a tentativa quando não atinge a privação da liberdade da vítima, apesar do emprego da violência, grave ameaça ou fraude.

4. RAPTO CONSENSUAL – ARTIGO 220 DO CÓDIGO PENAL

“Se a raptada é maior de 14 (catorze) anos e menor de 21 (vinte e um), e o rapto se dá com seu consentimento:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos”.

4.1. Objetos Jurídicos

Tutela-se o pátrio poder e a autoridade tutelar exercida sobre a mulher maior de 14 e menor de 21 anos de idade, bem como a liberdade sexual da mulher.

Considera-se rapto consensual, por exemplo, levar uma mulher de 20 anos ao motel.

Para a jurisprudência, se a iniciativa (no sentido de ir ao local por vontade própria) é da mulher, não há crime.

5. RAPTO PRIVILEGIADO – ARTIGO 221 DO CÓDIGO PENAL

“É diminuída de um terço a pena, se o rapto é para fim de casamento, e de metade, se o agente, sem ter praticado com a vítima qualquer ato libidinoso, a restitui à liberdade ou a coloca em lugar seguro, à disposição da família”.

O art. 221 elenca duas formas de diminuição de pena:

- se o agente objetiva o casamento com a vítima, a pena é reduzida de um terço;
- se o agente restituir a vítima, sem praticar com ela qualquer ato libidinoso, ou a colocar em lugar seguro à disposição da família, a redução é de metade da pena.

Cumpra observar que tanto a doutrina como a jurisprudência admitem a cumulação desses dois benefícios.

6. DISPOSIÇÕES GERAIS DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES

6.1. Formas Qualificadas – Artigo 223 do Código Penal

“Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena reclusão de 8 a 12 anos.

Parágrafo único: Se do fato resulta morte:

Pena reclusão de 12 a 25 anos”.

O art. 223 do Código Penal prescreve formas de crimes contra os costumes qualificados pelo resultado. São delitos preterdolosos, devendo o resultado agravador ser proveniente de culpa.

- se da violência resultar lesão corporal grave;
- se do fato resultar morte.

Diversamente, se o agente causar lesão corporal grave ou morte dolosamente, deve ser aplicada a regra do concurso material.

Discute-se na doutrina sobre quais crimes incidem as qualificadoras do art. 223. A posição majoritária entende que se aplicam apenas ao estupro e ao atentado violento ao pudor.

Victor Eduardo Rios Gonçalves expõe sobre a divergência da seguinte forma:

“Tendo em vista que a lei não esclarece a quais crimes as qualificadoras se aplicam, existe grande controvérsia envolvendo o tema, pois, por estarem descritas no Capítulo das disposições gerais, as qualificadoras seriam aplicáveis a todos os crimes sexuais que tivessem como pressuposto o emprego de violência (estupro, atentado violento ao pudor e rapto violento). Prevalece, entretanto, o entendimento de que as qualificadoras não se aplicam ao crime de rapto violento, uma vez que a pena é extremamente excessiva para a hipótese e porque o art. 222 do Código Penal determina a aplicação do concurso material entre o rapto e qualquer outro delito praticado durante sua execução ou após sua consumação. Assim, o agente responde por crime de rapto em concurso material com lesões corporais ou homicídio, e não pelo crime qualificado”⁶.

O *caput* do art. 223 traz a expressão “violência”, o parágrafo em “fato”. Como o parágrafo sempre se refere ao *caput*, prevalece o entendimento que tanto para o *caput* como para o parágrafo é necessário o emprego de violência; desta surgindo o nexo causal que efetiva o resultado. O resultado agravador, lesão corporal grave ou morte, deve ocorrer na vítima do estupro ou do atentado violento ao pudor, não podendo acontecer em terceiro (que, por exemplo, tenta salvar a vítima e é alvejado pelo agente).

PERGUNTA: Aplica-se a redução da tentativa, apesar da ocorrência do resultado agravador lesão corporal grave ou morte (ex.: estupro tentado com resultado morte)?

RESPOSTA: Majoritariamente, entende-se que não, porque o art. 223 do Código Penal é um tipo penal autônomo; tem preceito primário e secundário. É qualificado pelo resultado, não é qualificadora. Sendo autônomo, a tentativa de estupro ou atentado violento ao pudor, com a consumação da lesão corporal grave ou morte, ensejam a consumação.

Assim, conclui-se que são elementos do tipo do art. 223 do Código Penal, a existência de um crime contra os costumes praticado com violência e com resultado culposos (morte ou lesão grave). Presentes esses elementos, o crime está consumado. Não é possível a tentativa porque não existe tentativa de crime culposos.

PERGUNTA: Vítima de crime contra os costumes, menor de 14 anos, com resultado lesão corporal grave ou morte. Qual a solução jurídica mais acertada?

RESPOSTA: Além da presunção de violência, o art. 9.º da Lei n. 8.072/90 manda aplicar um aumento de metade da pena. Trata-se de crime hediondo; não havendo qualquer discussão na doutrina e na jurisprudência, o entendimento é pacífico.

A divergência existe apenas quanto à aplicação do art. 9.º da Lei n. 8.072/90 ao art. 224 do Código Penal.

Se não houver morte ou lesão corporal, sendo a vítima menor de 14 anos, trata-se de estupro com violência presumida. Assim, os seguintes posicionamentos:

- Não pode ser aplicado o art. 9.º na hipótese de presunção de violência porque haveria *bis in idem*. A mesma circunstância que presume a violência aumenta a pena no art. 9.º da Lei dos Crimes Hediondos.
- Pode, pois não há *bis in idem*. O art. 224 do Código Penal é apenas uma norma explicativa, interpretativa. O art. 9.º da Lei dos Crimes Hediondos pode ser aplicado.

⁶ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Sinopses Jurídicas*. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. Vol. 10. p. 19.

- Para o Ministério Público aplica-se o art. 9.º.
- Para a Magistratura, há divergência, mas no Tribunal de Justiça a maioria dos julgados é pela não-aplicação do art. 9.º.

6.2. Presunção de Violência – Artigo 224 do Código Penal

“Presume-se a violência, se a vítima:

- a. não é maior de 14 (catorze) anos;
- b. é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
- c. não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.”

6.2.1. Menoridade da vítima

No dia em que completa 14 anos ainda está dentro da hipótese de presunção; esta é elidida quando a vítima possui 14 anos e 1 dia.

Prova-se a menoridade da vítima por qualquer meio admitido em Direito (certidão, exame médico de fixação da idade, prova testemunhal).

Havendo certidão de nascimento, esta prevalece, pois tem presunção de veracidade, até que se prove em contrário.

A presunção é relativa porque o agente pode não saber que a vítima é menor de idade. A prova a ser feita em sentido contrário refere-se à idade.

A dúvida do agente quanto à menoridade da vítima é indiferente; a dúvida caracteriza dolo eventual.

Se a menor quiser, da prática do ato prevalece a presunção. Há apenas uma decisão em sentido contrário, proveniente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Marco Aurélio.

6.2.2. Deficiência mental da vítima

Debilidade mental é expressão técnica; a vítima deve ser inimputável.

Se a vítima for semi-imputável, não estamos diante da presunção de violência.

Prova-se a inimputabilidade por laudo pericial.

A dúvida acerca da inimputabilidade favorece o agente, uma vez que a lei exige que ele tenha conhecimento; requer-se, portanto, dolo direto.

6.2.3. Impossibilidade de resistência da vítima por qualquer outra causa

Ex.: vítima doente, embriagada, drogada, idade avançada, surpresa etc.

A impossibilidade deve ser total. Ex.: embriaguez completa.

O agente não precisa causar a impossibilidade; basta que se aproveite do momento para que incida a presunção de violência.

Todas as três hipóteses do art. 224 do Código Penal são de presunção relativa e admitem prova em contrário.

7. AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES – ARTIGO 225 DO CÓDIGO PENAL

Regra: ação penal privada

Exceções:

- *Ação penal pública condicionada à representação*: quando a vítima e seus pais forem pobres, não podendo prover as despesas do processo sem privarem-se dos recursos indispensáveis para a própria manutenção e de sua família. Verifica-se o caso concreto.

Na prática prova-se por atestado da autoridade policial, mas pode ser feita por qualquer meio.

PERGUNTA: Até que momento esta prova pode ser feita?

RESPOSTA: Até a sentença final, porque pode a pobreza ser constatada em Juízo, no curso do processo.

- *Ação penal pública incondicionada:* quando do crime resultar lesão corporal grave ou morte (art. 223). O art. 223 é um tipo autônomo próprio, que se encontra no mesmo capítulo do art. 225.
- *Ação penal pública incondicionada:* quando o crime for praticado com abuso do pátrio poder ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador. Quem pratica o crime é o próprio representante legal.
- *Ação penal pública incondicionada:* quando o crime for praticado com violência real: vias de fato ou lesão corporal (leve).

Segundo a Súmula n. 608 do Supremo Tribunal Federal, no crime de estupro praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.

Essa regra tem por base o art. 101 do Código Penal, que trata do crime complexo. Tem como elemento do tipo um fato que por si só já é crime. Se a ação penal é pública para este elemento, deve ser também para o todo.

Essa Súmula foi questionada com o advento da Lei n. 9.099/95.

Com o advento dessa Lei, a lesão corporal leve passou a ser de ação penal pública condicionada à representação. Discute-se, ainda, quanto a vias de fato. A doutrina afirmou estar a Súmula revogada, mas o Supremo Tribunal Federal a manteve porque a Lei n. 9.099/95 só tem aplicação para os crimes de menor potencial ofensivo, e não para os crimes hediondos.

7.1. Causas de Aumento da Pena – Artigo 226 do Código Penal

A pena é aumentada de 1/4 nas seguintes hipóteses:

- Quando o crime for praticado em concurso de agentes.
- Se o agente for ascendente, pai adotivo, padrasto, irmão, tutor, curador, preceptor ou empregador ou, ainda, pessoa que tenha autoridade sobre a vítima.
- Se o agente for casado (união for estável) ou separado, há quem entenda que acresce a pena ou não. O divorciado está excluído.

Se a pessoa estiver incurso nas três hipóteses de aumento, aplica-se o acréscimo uma só vez, e as demais ficam como circunstâncias judiciais na aplicação da pena.

7.2. Extinção da Punibilidade – Hipóteses

- *Casamento da vítima com o agente:* o casamento deve ser efetivo. Essa causa comunica-se aos demais autores do crime (causa objetiva comunicável). Se o casamento ocorrer durante o inquérito policial, extingue a punibilidade, sem a permanência de qualquer efeito; depois do trânsito em julgado da condenação, os efeitos secundários persistem (só não há o cumprimento de pena).

Exceção: não ocorre a extinção da punibilidade quando o crime acarretar lesão corporal de natureza grave. Neste caso, aplica-se o art. 223 do Código Penal, tipo qualificado (art. 107, inc. VII, do CP).

- *Casamento da vítima com terceiro:* não ocorre a extinção da punibilidade se o crime foi praticado mediante violência real ou

grave ameaça (art. 107, inc. VIII, do CP). Só é possível nos casos de violência presumida ou fraude, desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 dias, a contar da celebração do matrimônio. Se o matrimônio acontecer após o trânsito em julgado da sentença, não haverá a extinção da punibilidade.

8. ATO OBSCENO – ARTIGO 233 DO CÓDIGO PENAL

Ato obsceno é a manifestação corpórea de caráter sexual que ofenda o pudor público.

8.1. Objetividade Jurídica

É o pudor público.

- *Pudor*: sentimento de vergonha, de timidez, que a pessoa normal tem diante de certos atos que ofendem a moral sexual.
- *Pudor público*: é o padrão médio de pudor da sociedade.

O padrão de pudor público varia de acordo com o local (ex.: cidade do interior que mantém costumes tradicionais, e cidade grande que possui outros valores), o tempo (ex.: carnaval) etc.

O ato obsceno deve ser verificado de acordo com o caso concreto. Ex.: o *topless* no Rio de Janeiro, naquele momento, hora e local, não ofendeu ao pudor público.

8.2. Sujeito Ativo

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa.

8.3. Sujeito Passivo

Sujeito passivo é a coletividade (crime vago).

8.4. Elementos Objetivos do Tipo

- *Praticar ato obsceno*

Ato obsceno não é sinônimo de ato libidinoso (que visa à satisfação sexual). O ato obsceno não tem esse objetivo; basta que tenha cunho sexual. Ex.: mostrar os seios é ato de natureza sexual.

Palavra obscena ou escrito obsceno não são atos; não configuram o art. 233 do Código Penal, podendo se enquadrar na contravenção penal importunação ofensiva ao pudor (art. 61 da Lei das Contravenções Penais).

Obs.: o ato pode ser ao mesmo tempo libidinoso e obsceno. Ex.: beijo lascivo em praça pública é ato libidinoso tendente à satisfação sexual, e também ato obsceno, ofensivo à moral pública.

- *Em lugar público, aberto ou exposto ao público*

Lugar público é aquele em que um número indeterminado de pessoas tem acesso. Ex.: praça, rua, praia.

Não importa o horário ou se há movimento de carros ou pessoas, podendo ser até de madrugada: o lugar continuará sendo público.

Lugar ermo é aquele inacessível; é o oposto de lugar público. Ato obsceno praticado em lugar ermo não configura crime. Uma praia pode ser lugar ermo, se de difícil acesso. Lugar escuro não é lugar ermo.

Lugar aberto ao público é aquele que também é acessível a um número indeterminado de pessoas, que exige uma condição para entrada destas, como, por exemplo, ingresso ou convite (teatro, cinema, estádio de futebol).

Teatro de sexo explícito ou nudismo não configura ato obsceno porque está plasmado ao contexto artístico: sexo, naquele local e dentro de um determinado contexto teatral, não ofende ao pudor público.

Lugar exposto ao público é o local privado que pode ser visto por um número indeterminado de pessoas. Ex.: sala com janela voltada para rua, piscina, jardim voltados para prédios vizinhos etc.

Trocar de roupa em um apartamento com a janela aberta não é ato obsceno porque só o vizinho poderá ver (pessoa determinada). Dependendo do caso, poderá ser hipótese de importunação ofensiva ao pudor.

Um casal dentro de um carro, praticando atos obscenos, configura o delito do art. 233 do Código Penal, pois está exposto ao público.

8.5. Elemento Subjetivo do Tipo

Basta o dolo de praticar o ato. Não é exigida nenhuma finalidade especial do agente.

O agente pode querer protestar e, para isso, tira a roupa. Ainda que lícito o seu protesto, praticará o delito. Não precisa haver intenção de ofender, mas sim apenas de praticar o ato obsceno.

8.6. Consumação e Tentativa

A consumação ocorre com a prática do ato.

A tentativa não é admitida porque ou o ato é praticado e ofende ao pudor público ou é um indiferente penal.

Ex.: agente comete atentado violento ao pudor no meio da rua: haverá concurso formal entre os delitos dos arts. 214 e 233 do Código Penal.

8.7. Concurso de Crimes

O ato obsceno pode ocorrer em concurso com outros crimes (estupro, atentado violento ao pudor ou corrupção de menores).

MÓDULO XXI

1. CRIMES CONTRA A SAÚDE PÚBLICA

1.1. Falsificação de Alimentos – Artigo 272 do Código Penal

“Corromper, adulterar, falsificar ou alterar substância ou produto alimentício destinado a consumo, tornando-o nocivo à saúde ou reduzindo-lhe o valor nutritivo:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa”.

1.1.1. *Objetividade jurídica*

Proteção à saúde pública, à incolumidade pública.

É crime de perigo concreto, uma vez que a lei exige efetiva situação de perigo (“tornando-o nocivo à saúde ou reduzindo-lhe o valor nutritivo”).

Os crimes podem ser de dano ou de perigo. No primeiro caso, a lei exige um dano efetivo (morrer, machucar etc.). No segundo, basta o perigo, que prescinde de resultado material (perigo de comer e morrer). O crime de perigo divide-se em:

- *Perigo abstrato*: apesar das teorias contra, ainda existe no Direito Penal. A conduta é presumida, pela lei, como perigosa.
- *Perigo concreto*: a lei exige uma situação efetiva de perigo.

É necessário laudo pericial que comprove, além da adulteração, que o alimento tornou-se nocivo à saúde (perigo concreto).

Um produto com validade vencida, por exemplo, não se enquadra nesse artigo, salvo se comprovado que se tornou nocivo à saúde.

A nocividade pode ser positiva ou negativa (divisão feita pela doutrina). A positiva constata-se no caso de o produto ser nocivo à saúde. A negativa, na hipótese de ter reduzido valor nutritivo (o produto deixa de conter suas propriedades; por exemplo, perde suas vitaminas).

1.1.2. *Sujeito ativo*

Qualquer pessoa, inclusive o fabricante, comerciante etc.

1.1.3. *Sujeito passivo*

É a coletividade, os consumidores em geral.

Se a vítima é a coletividade, o crime atinge um número indeterminado de pessoas. Por isso, se o crime atingir pessoa determinada, não se subsume ao art. 272, podendo incorrer em lesão corporal (art. 129 do CP), tentativa de homicídio (art. 121 do CP), periclitación da vida ou da saúde de outrem (arts. 130 e ss. do CP) etc.

A falsificação de alimentos não é crime hediondo.

A epígrafe da Lei n. 9.677/98, que dá nova redação ao artigo, afirma ser hediondo esse crime, mas o texto não confirma isso, e a epígrafe não tem força de lei. Adveio a Lei n. 9.695/98, que inclui somente a falsificação de remédios no rol dos crimes hediondos, não mencionando a falsificação de alimentos.

1.1.4. *Condutas típicas*

As condutas típicas, em princípio, podem ser usadas como sinônimos. Mas, na lei, cada uma tem seu significado:

- *Corromper*: estragar, infectar, desnaturar, deteriorar, empobrecer, decompor.
- *Adulterar*: mudar para pior, introduzir um componente na substância ou produto alimentício.
- *Falsificar*: alterar com fraude (fazer parecer verdadeiro).
- *Alterar*: modificar de qualquer forma.

Não basta a prática dessas condutas – é necessário que elas tornem o produto nocivo à saúde ou que reduzam seu valor nutritivo.

1.1.5. Objeto material

O objeto material é a substância ou produto alimentício, ou seja, aquilo destinado à alimentação de ser humano.

A substância pode ser líquida, sólida, natural, industrializada, preparada, de primeira necessidade ou não.

O § 1.º do art. 272 do Código Penal equipara bebidas, com teor alcoólico ou não, a alimentos.

O tipo penal traz um outro elemento: “destinado a consumo”. A substância ou produto deve atingir um número indeterminado de pessoas (coletividade).

Se alguém quiser adulterar o alimento de uma pessoa específica, incorrerá em outro delito (exemplos: lesão corporal, homicídio, tentativa de homicídio, periclituação da vida e da saúde de outrem etc.).

A expressão “destinado a consumo” abrange toda a cadeia de produção e consumo. Não só os alimentos que estão em uma prateleira de supermercado, mas o estoque inteiro, por exemplo, é incluído, pois é destinado ao consumo. A jurisprudência cita, ainda, o óleo corrompido usado nas pastelarias, a adição de sulfato de sódio na carne, o bromato de potássio no pão, a alteração de uísque.

A conduta não se tipifica com os alimentos que estão sendo transportados para o supermercado, ainda não destinados ao consumo.

1.1.6. Elemento subjetivo do tipo

O elemento subjetivo do tipo é o dolo. Não há necessidade de finalidade especial, basta o dolo genérico. É possível a forma culposa.

1.1.7. Consumação e tentativa

A consumação ocorre quando o produto se torna nocivo à saúde ou tem reduzido o seu valor nutritivo. O efetivo consumo do produto é mero exaurimento.

A tentativa é possível.

1.1.8. Figuras equiparadas

§ 1.º-A : fabricar, vender, expor à venda, importar, ter em depósito para vender, distribuir ou entregar, de qualquer forma, a consumo.

1.1.9. Modalidade culposa – § 2.º

Pune as condutas previstas quando praticadas de forma culposa.

1.1.10. Crime qualificado pelo resultado

O art. 285 do Código Penal determina a aplicação do art. 258, do mesmo diploma, quando:

- *o crime é doloso e resulta em lesão corporal de natureza grave*: a pena privativa de liberdade é aumentada de metade;
- *o crime é doloso e resulta em morte*: a pena é aplicada em dobro;

- *o crime é culposos e resulta em lesão corporal*: a pena aumenta de metade;
- *o crime é culposos e resulta em morte*: a pena será a do homicídio culposos aumentada de 1/3.

As duas primeiras hipóteses configuram crime preterdoloso.

1.2. Falsificação de Remédios

O crime de falsificação de remédios é parecido com o de falsificação de alimentos, pois contém as mesmas condutas: falsificar, corromper, adulterar, alterar.

1.2.1. Objeto material

Produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais.

1.2.2. Objetividade jurídica

A saúde pública. Trata-se de crime de perigo abstrato, não exige resultado.

1.2.3. Elementos objetivos do tipo

Produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais – são aqueles aptos a tratar, curar ou aliviar doenças.

Objetos materiais equiparados (§ 1.º-A):

- *Medicamentos*: substâncias preparadas ou utilizadas como remédio; é abrangente. Exemplos: remédio para baixar o colesterol, vacinas – não servem apenas para curar.
- *Matéria-prima*: substância com a qual é preparado, produzido o remédio.
- *Insumos farmacêuticos*: são produtos utilizados para fazer o remédio, mas que não são propriamente medicamentos. Exemplo: sabor artificial de laranja, para melhorar o gosto do remédio.

Insumos por si sós, não são medicamentos.

- *Cosméticos*: produtos de maquiagem, de limpeza de pele. Exemplo: falsificar batom, esmalte, desodorante.
- *Saneantes*: são os produtos de limpeza. Exemplos: sabão em pó, detergente para louças.
- *Produtos de uso em diagnóstico*: produtos utilizados para detectar a extensão da doença. Exemplo: corante para contraste.

O crime de falsificação de remédios, com o advento da Lei n. 9.695/98, foi incluído no rol dos crimes hediondos.

1.2.4. Elemento subjetivo do tipo

Basta o dolo.

É prevista a modalidade culposa no § 2.º.

1.2.5. Consumação e tentativa

A consumação ocorre com a prática das condutas previstas no tipo, independentemente de resultado ou utilização da substância por alguém. É diferente da falsificação de alimentos, que, além da prática da conduta típica, precisa da nocividade.

A tentativa é possível.

1.2.6. Condutas equiparadas – § 1.º

Incorre na mesma pena do *caput* quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado. O § 1.º-B faz incidir no tipo o produto que se encontre nas seguintes condições:

- sem registro, quando esse é exigido;
- em desacordo com a fórmula constante do registro;
- sem os requisitos de identidade e de quantidade exigidos para sua comercialização;
- com redução do seu valor terapêutico ou de sua atividade;
- tenha procedência ignorada;
- tenha sido adquirido em estabelecimento sem licença da autoridade.

Obs.: vender remédio “picado” – por exemplo, comprar a cartela e vender as unidades separadamente – é considerado crime hediondo.

1.2.7. Crime qualificado pelo resultado

O art. 285 do Código Penal determina a aplicação do art. 258 do mesmo diploma, se:

- O crime é doloso e resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de metade.
- O crime é doloso e resulta morte, a pena é aplicada em dobro.

Essas duas hipóteses configuram crime preterdoloso.

- O crime é culposos e resulta lesão corporal, a pena aumenta de metade.
- O crime é culposos e resulta morte, a pena será a do homicídio culposos aumentada de 1/3.

2. CRIMES CONTRA A PAZ PÚBLICA

2.1. Quadrilha ou Bando – Artigo 288 do Código Penal

“Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único – A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou o bando é armado.”

A Lei de Tóxicos exige a união de duas ou mais pessoas para configuração da quadrilha ou bando (art. 14 da Lei n. 6.368/76). A Lei dos Crimes Hediondos (art. 8.º da Lei n. 8.072/90) prevê uma forma qualificada para o art. 288 do Código Penal; não altera sua redação, dispondo apenas sobre o preceito secundário (pena).

PERGUNTA: É possível a tipificação no art. 288 do Código Penal se a quadrilha ou bando ainda não praticou crime?

RESPOSTA: Sim, não é preciso o cometimento de um delito; basta que haja associação *com o fim de* praticar crimes.

“Quadrilha ou bando” é delito autônomo.

2.1.1. Objetividade jurídica

A paz pública é uma forma de proteger a incolumidade pública.

É crime de perigo abstrato, presumido.

2.1.2. Sujeito ativo

Quaisquer pessoas, mais de três. É crime de concurso necessário ou plurissubjetivo.

Inclui-se no cômputo o menor, o imputável, o louco etc., para se chegar ao mínimo de quatro pessoas. O menor responderá por ato infracional (ECA). Para subsumir ao art. 288 do Código Penal, pelo menos um dos integrantes tem de ser imputável.

PERGUNTA: Pode haver quadrilha ou bando, ainda que não se identifiquem todos os seus membros?

RESPOSTA: Sim, desde que um seja identificado.

PERGUNTA: A absolvição de um dos membros da quadrilha ou bando leva à absolvição de todos?

RESPOSTA: Depende. Exemplo: quatro pessoas são denunciadas por formação de quadrilha; demonstrado que um deles não era integrante, os outros três não responderão pelo delito por atipicidade (o tipo exige mais de três para configuração). Se, no entanto, seis são denunciados e um consegue provar que não fazia parte do bando, os outros cinco poderão responder pelo delito, desde que preenchidos os requisitos do art. 288 do Código Penal. Não demonstrada a existência da quadrilha ou bando, *in dubio pro reo*, todos serão absolvidos.

PERGUNTA: Os membros da quadrilha precisam se conhecer?

RESPOSTA: Não; por exemplo, no tráfico de entorpecentes, há várias pessoas envolvidas e que não precisam se conhecer.

2.1.3. Sujeito passivo

Sujeito passivo é a coletividade.

2.1.4. Elementos objetivos do tipo

São elementos objetivos do tipo:

- *Associação:* reunião.

PERGUNTA: Qualquer reunião de quatro pessoas, com finalidade de praticar crime, tipifica quadrilha ou bando?

RESPOSTA: Não. O tipo exige um vínculo especial que diferencia a quadrilha ou bando do concurso de agentes.

A doutrina e a jurisprudência exigem um vínculo de estabilidade e permanência (vínculo associativo), intenção de permanência e estabilidade.

- *Estabilidade e permanência:* deve haver a intenção de manter a quadrilha ou bando, ainda que essa acabe no dia seguinte. Isso distingue o delito, do art. 288 do Código Penal, do concurso de agentes, pois nesse a associação é ocasional; é para determinado fato.

Não tipifica quadrilha ou bando se a união aconteceu para a prática de apenas um crime (nesse caso há concurso de agentes).

A quadrilha ou bando pode praticar um crime só. Mas a intenção deve ser para a prática de vários crimes.

Exemplo: configura quadrilha ou bando a união de mais de três pessoas que desejam cometer diversos crimes, ainda que não consigam praticar nenhum, ou pratiquem um, sendo logo desmantelada pela polícia.

A organização do grupo não é uma característica que distingue a quadrilha ou bando do concurso de agentes, pois esse pode ser organizado também.

- *Finalidade de praticar crimes indeterminadamente:* nem a própria quadrilha sabe qual crime cometerá a seguir.

Distingue-se do concurso de agentes porque nesse a finalidade é determinada. O concurso de agentes pode acontecer para o cometimento de mais de um crime, mas sempre determinado.

PERGUNTA: Existe quadrilha ou bando para a prática de contravenção penal?

RESPOSTA: Não. Por exemplo, não configura quadrilha ou bando, a reunião de mais de três pessoas para a prática do jogo de bicho.

PERGUNTA: É possível a formação de quadrilha ou bando para a prática de crime culposos?

RESPOSTA: Não. O crime de quadrilha ou bando exige a intenção de praticar crime (dolo).

PERGUNTA: Quadrilha ou bando são expressões sinônimas?

RESPOSTA: Atualmente são consideradas como expressões sinônimas.

PERGUNTA: A quadrilha ou bando pode praticar crime continuado?

RESPOSTA: Quadrilha ou bando não é um crime continuado, mas sim os crimes que ela(e) pratica podem ser continuados. A quadrilha ou bando é crime autônomo em relação aos crimes que ela(e) comete.

Exemplo: quadrilha ou bando formada para furtos em residência. Entram em quatro casas e são presos. Haverá o crime de quadrilha ou bando, mais os de furto de maneira continuada (arts. 288 e 155, c.c. art. 71, todos do CP).

PERGUNTA: Todos os integrantes da quadrilha precisam praticar o crime ajustado?

RESPOSTA: Não. Os que executarem o delito serão autores diretos; os demais, mandantes ou partícipes.

O crime de quadrilha ou bando é um delito permanente; a conduta protraí-se no tempo. A importância prática dessa informação diz respeito ao flagrante.

Por vezes pode não existir o flagrante do crime praticado pela quadrilha, mas deve-se ficar atento porque sempre haverá flagrante em relação ao crime de quadrilha ou bando.

2.1.5. Elementos subjetivos do tipo

Além do dolo, é preciso ter o especial fim de praticar crimes, indeterminadamente; não importa qual será o delito.

A Lei n. 8.072/90, no art. 8.º, traz um tipo específico para a quadrilha ou bando que praticar crimes hediondos ou assemelhados. Se o delito praticado for o da Lei n. 6.368/76 (Lei de Tóxicos), será observado o preceito do seu art. 14, cuja pena será a do art. 8.º da Lei n. 8.072/90 – por ser posterior e benéfica ao réu.

2.1.6. Consumação e tentativa

A consumação ocorre com a associação (crime formal), desde que exista a finalidade de praticar crimes.

A união deve ser de, no mínimo, quatro pessoas, porque o tipo estabelece "... mais de três pessoas ...".

A tentativa não é admitida, pois o crime é unissubsistente e formal. Ou a quadrilha está consumada ou é um indiferente penal.

PERGUNTA: É cabível a desistência voluntária de crime de quadrilha ou bando?

RESPOSTA: Não, porque o crime consuma-se quando as pessoas se associam.

2.1.7. Casuísticas

Chefe de quadrilha é preso e continua – dentro da penitenciária – controlando os integrantes do bando; desmantelado o grupo pela polícia, o chefe não será denunciado novamente, pois o crime é o mesmo – trata-se de conduta permanente.

Se esse mesmo chefe formar outra quadrilha dentro da prisão, será denunciado pelo art. 288 do Código Penal – formação de novo bando.

A polícia prende os integrantes da quadrilha; posteriormente, por um motivo qualquer, eles são soltos; se formarem de novo a quadrilha, serão denunciados outra vez – porque a permanência foi interrompida e há conduta diversa.

2.1.8. Crime qualificado – Artigo 288, parágrafo único

Na verdade, trata-se de uma causa de aumento. A pena é aplicada em dobro se a quadrilha ou bando for armado.

Arma é expressão genérica, podendo ser própria ou imprópria.

A arma imprópria é o objeto feito para outra finalidade (exemplos: faca, tesoura, bisturi etc.). A arma própria é aquela fabricada para ferir ou matar (exemplos: revólver, espingarda, metralhadora etc.).

PERGUNTA: Uma arma apenas basta para configurar o aumento da pena, ou todos os integrantes devem estar armados?

RESPOSTA: Apenas uma arma basta. O que importa é o poder de intimidação.

PERGUNTA: O porte dessa arma precisa ser ostensivo?

RESPOSTA: Prevalece na jurisprudência que não. A mera existência da arma é suficiente para incidência da causa de aumento.

PERGUNTA: Podemos aplicar essa causa de aumento para a quadrilha ou bando de crimes hediondos?

RESPOSTA: Sim. A causa de aumento pode ser aplicada ao art. 8.º da Lei n. 8.072/90.

PERGUNTA: A Lei dos Crimes Hediondos trouxe um tipo penal autônomo?

RESPOSTA: Não. O art. 8.º da Lei n. 8.072/90, que altera os limites da pena prevista no art. 288 do Código Penal, deveria constituir um parágrafo desse tipo penal, pois trata-se de uma forma qualificada do crime de quadrilha ou bando.

PERGUNTA: Pode-se aplicar causa de aumento sobre qualificadora?

RESPOSTA: Sim. Pode-se aplicar o aumento de pena da quadrilha ou bando armada no art. 8.º da Lei dos Crimes Hediondos.

Obs.: na Lei de Tóxicos, o art. 14 é um tipo autônomo, pois modifica o *caput* do art. 288 do Código Penal, traz nova capitulação ao delito de quadrilha ou bando formado para fins de tráfico ilícito de entorpecentes, que será denunciado pelo art. 14 da Lei n. 6.368/76 (que é tipo autônomo e específico).

A pena a ser aplicada, entretanto, será a prevista no art. 8.º da Lei n. 8.072/90, por ser lei posterior mais benéfica.

2.1.9. Delação premiada

Prevista no parágrafo único do art. 8.º da Lei n. 8.072/90: "o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando o seu desmantelamento, terá a pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)."

PERGUNTA: O dispositivo, contido na Lei dos Crimes Hediondos, pode ser aplicado ao art. 288 do Código Penal?

RESPOSTA: Não. O benefício da delação premiada incide apenas ao crime de quadrilha ou bando previsto no art. 8.º da Lei n. 8.072/90. Considerando-se que a redução recai somente sobre o delito de quadrilha ou bando, não sobre as infrações por ela cometidas.

A Lei de Proteção às Vítimas e Testemunhas, Lei n. 9.807/99, traz a delação premiada no art. 13. Essa é utilizada para qualquer crime, desde que presentes seus requisitos. Sendo eficaz, extingue a punibilidade do acusado.

2.1.10. Concurso de crimes

Na denúncia deve constar o crime de quadrilha ou bando mais o(s) praticado(s) em concurso material, pois o tipo previsto no art. 288 do Código Penal é autônomo.

2.1.11. Questões polêmicas

a) Quadrilha ou bando que pratica roubo com uso de arma de fogo

Denuncia-se pelo delito de quadrilha ou bando (art. 288 do CP), com a causa de aumento prevista no parágrafo único do dispositivo, em concurso material com o crime de roubo (art. 157 do CP), aumentado

pelo emprego de arma (art. 157, § 2.º, inc. I, do CP). Essa é a posição do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e majoritária na doutrina, com o fundamento de não constituir *bis in idem*, pois são delitos autônomos; o primeiro tutela a paz pública; o segundo, o patrimônio. Nada obstante, encontra-se, na doutrina e jurisprudência minoritária, o entendimento de a hipótese configurar *bis in idem*.

b) Quadrilha ou bando mais furto, em concurso de agentes

Atenção: para efeito de denúncia, não se discute a questão do *bis in idem*; a exordial deve ser ampla, porque pode não ser confirmada a acusação.

3. CRIMES CONTRA A FÉ PÚBLICA

3.1. Falsificação de Documento Público – Artigo 297 do Código Penal

“Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro:
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.”

3.1.1. Objetividade jurídica

A fé pública, a confiança que as pessoas têm de ter no documento público. O crime atinge a coletividade (crime vago).

3.1.2. Sujeito ativo

Sujeito ativo é qualquer pessoa. Tratando-se de funcionário público, incide a causa de aumento, prevista no § 1.º do art. 297, desde que o funcionário prevaleça-se do cargo e, com isso, obtenha alguma vantagem ou facilidade para falsificar documento público. Exemplos: utilizar o crachá para ingressar no departamento; acessar dados no computador com senha pessoal etc.

3.1.3. Sujeito passivo

O Estado, a coletividade. Pode haver também vítima secundária, a pessoa lesada pela falsificação.

3.1.4. Elementos objetivos do tipo

São elementos objetivos do tipo:

- *Falsificar*: criar materialmente um documento inexistente – fazer ou contrafazer o documento. A falsificação pode ser no todo ou em parte. Contrafazer é utilizar uma cópia do modelo verdadeiro para falsificá-lo.
- *Alterar*: modificar algo que já existe. O documento verdadeiro existe e é adulterado.

3.1.5. Requisitos da falsificação

São os seguintes os requisitos da falsificação:

- Que seja idônea, apta a iludir, capaz de enganar qualquer pessoa, considerando-se o padrão médio da sociedade.

Segundo a jurisprudência, a falsificação grosseira não constitui crime, pois não é capaz de enganar as pessoas em geral. Se uma pessoa é enganada com falsificação grosseira, pode configurar o estelionato (que considera a vítima em si, não o padrão médio).

- Que tenha capacidade de causar prejuízo a alguém. A falsificação inócua não é crime.

3.1.6. Objeto material

- *Documento público*: é elemento normativo do tipo.

Documento é toda peça escrita que condensa o pensamento de alguém, capaz de provar um fato ou a realização de um ato de relevância jurídica.

PERGUNTA: A fotografia é considerada documento para o Direito Penal?

RESPOSTA: Não, pois não é peça escrita.

A fotografia pode fazer parte de um documento; nesse caso a solução é diferente: se trocada, há crime. Exemplos: troca de fotografia de RG, de laudo pericial.

PERGUNTA: Xerox é documento?

RESPOSTA: Não. Porém a xerox autenticada é documento.

PERGUNTA: Falsificação de fita de vídeo é falsificação de documento?

RESPOSTA: Não, pois não é escrito. Entretanto, se a fita fizer parte de um laudo pericial, há crime, pois passa a fazer parte do documento escrito.

Falsificação de disco também não é falsificação de documento; disquete de computador também não é documento.

Não se pode falsificar carta anônima; por não ser identificada, não condensa o pensamento de alguém.

O telegrama pode ser documento público, caso seja expedido por funcionário público e contenha conteúdo público.

3.1.7. Requisitos do documento público

São requisitos do documento público:

- deve ser elaborado por funcionário público;
- no exercício da função, o funcionário deve ter atribuição para elaborar documentos;
- deve obedecer às formalidades legais.

PERGUNTA: Um documento estrangeiro pode ser considerado documento público?

RESPOSTA: Sim. Desde que seja considerado público no país de origem e que satisfaça os requisitos de validade previstos no nosso ordenamento, como, por exemplo, tradução realizada por tradutores públicos juramentados.

3.1.8. Documentos públicos por equiparação

São documentos de natureza particular que, pela sua importância, foram equiparados pela lei a documento público (art. 297, § 2.º, do CP).

- *documento emitido por entidade paraestatal:* administração indireta;
- *título ao portador ou transmissível por endosso:* títulos de crédito, como, por exemplo, cheque, duplicata, nota promissória;
- *ações de sociedade comercial:* independentemente do tipo de ação (ordinária, preferencial etc.);
- *livros mercantis:* quer sejam obrigatórios ou facultativos;
- *testamento particular:* hológrafo.

3.1.9. Elemento subjetivo do tipo

A lei não exige intenção especial; basta o dolo.

3.1.10. Consumação

O crime consuma-se quando existe a falsificação ou alteração. É crime de natureza formal; basta o resultado jurídico, não precisa do resultado naturalístico.

3.1.11. Tentativa

É possível porque a conduta é plurissubsistente.

3.2. Concurso de Crimes

3.2.1. Falsificação de documento público e estelionato (art. 171 do CP)

- A falsificação absorve o estelionato – corrente minoritária. A justificativa é de que a falsificação é crime mais grave (princípio da consunção) e o estelionato é mero exaurimento.
- O estelionato absorve a falsificação – corrente majoritária, adotada pelo Superior Tribunal de Justiça. A justificativa é de que o estelionato é crime-fim e a falsificação é crime-meio. A falsificação é um elemento do tipo do estelionato (“qualquer outro meio fraudulento”).

Súmula n. 17 do Superior Tribunal de Justiça: “Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por esse absorvido”.

- *Há concurso formal de crimes:* é a posição adotada hoje pelo Supremo Tribunal Federal. A conduta é única, começa na falsificação e termina no estelionato. A conduta ofende mais de um bem jurídico, pois a falsificação ofende a fé pública e o estelionato ofende o patrimônio. Não se pode falar em consunção porque há dois bens jurídicos atingidos, com vítimas diferentes.
- *Há concurso material de crimes:* é apenas uma posição de referência. Há duas condutas, com vítimas diferentes, que ofendem bens jurídicos diversos e, por isso, não se pode usar a consunção. Atualmente, não se defende essa posição.

3.2.2. Falsificação de documento público e uso de documento falso (art. 308 do CP)

Se uma pessoa falsifica e usa o documento público, responde por falsidade – essa é a posição majoritária. O uso é mero exaurimento; é *post factum* impunível.

Exige-se, entretanto, que faça uso do documento a mesma pessoa que o falsificou.

3.2.3. Falsificação e sonegação fiscal

Alguém falsifica documento público para pagar menos, ou para não pagar tributos. Pratica crime de sonegação fiscal – princípio da especialidade.

Quando o agente paga o tributo antes do recebimento da denúncia, extingue-se a punibilidade.

O agente que falsifica um documento para encobrir crime de sonegação praticado anteriormente, responde pelo delito que praticou e também pela falsidade que usou para encobri-lo (concurso material).

3.2.4. Falsificação de documento público (falsidade material) e falsidade ideológica (art. 801 do CP)

Prevalece a falsidade material sobre a ideológica.

4. FALSIDADE DE DOCUMENTO PARTICULAR – ARTIGO 298 DO CÓDIGO PENAL

O tipo é igual ao da falsificação de documento público. A diferença é que o documento em questão não é público e sim particular.

Documento particular, por exclusão, é aquele que não é público.

PERGUNTA: Um cheque, devolvido pelo banco por insuficiência de fundos, é tomado por alguém para falsificação. É documento público ou particular que a pessoa está falsificando?

RESPOSTA: O cheque devolvido não pode ser transmitido por endosso; logo, não é mais considerado documento público por equiparação. Então, configura documento particular.

PERGUNTA: Documento público nulo é falsificado por alguém. A falsificação é de documento público ou particular?

RESPOSTA: Se o documento público é nulo, não é documento público; mas, se possui relevância jurídica, a falsificação é de documento particular.

O Professor Damásio de Jesus entende que o documento público nulo é considerado documento particular.

PERGUNTA: Petição é documento?

RESPOSTA: A petição não prova nada, não é documento.

PERGUNTA: A petição pode ser usada como documento?

RESPOSTA: Sim. Mas, nesse caso, deixa de ser mera petição e ganha a qualidade de documento.

PERGUNTA: Um documento endereçado à autoridade pública é um documento público?

RESPOSTA: Não. Documento público é aquele feito por autoridade pública.

5. FALSIDADE IDEOLÓGICA – ARTIGO 299 DO CÓDIGO PENAL

A falsidade ideológica é voltada para a declaração que compõe o documento, para o conteúdo do que se quer falsificar.

Por exemplo, quando alguém falsifica um documento público, ainda que seu conteúdo seja verdadeiro, o documento é falso. A falsificação material torna todo o documento falso.

Não tem sentido discutir a falsidade ideológica quando todo o documento é falso. A falsidade ideológica existirá quando o documento for verdadeiro e somente o conteúdo for falso.

Quem falsifica assinatura, falsifica documento – falsidade material, pouco importando o conteúdo. Exemplo: alguém pega um talonário de cheques não assinados pelo correntista e faz uso deles com outra assinatura; uma vez que cheque só existe a partir da sua emissão, a partir da assinatura, a falsificação tipifica falsidade material e não ideológica.

Diferente se alguém pegar uma folha de cheque, assinada pelo correntista, e falsificar a quantia; aí é falsidade ideológica.

5.1. Objetividade Jurídica

A fé pública, a confiança na declaração do conteúdo do documento.

5.2. Sujeito Ativo

Qualquer pessoa. Se funcionário público, incide o aumento de 1/6 na pena – parágrafo único do artigo 299 do Código Penal.

5.3. Sujeito Passivo

O sujeito passivo é o Estado. Pode existir sujeito passivo secundário, ou seja, a pessoa lesada pela falsidade.

5.4. Elementos Objetivos do Tipo

- *Omitir declaração que deveria constar:* conduta omissiva própria, ligada ao dever de agir. Deve haver uma norma que obrigue a pessoa a fazer a declaração.
- *Fazer inserir declaração falsa ou diversa da que deveria constar:* é fazer com que terceiro insira. Trata-se de falsidade ideológica indireta, ou seja, o agente atua indiretamente e quem efetiva a falsidade é outra pessoa.
- *Inserir declaração falsa ou diversa da que deveria constar:* falsidade ideológica direta.

5.4.1. Diferença entre declaração falsa e diversa da que deveria constar

Declaração falsa é aquela que não condiz com a realidade. Exemplo: custou 500 mil e a pessoa faz constar 5 mil.

Declaração diversa da que deveria constar não precisa ser necessariamente falsa. Exemplo: declaração de bens; a pessoa coloca outro documento no lugar da declaração de bens. A declaração não é falsa (o documento é verdadeiro), mas é diferente da que deveria constar.

A falsidade ideológica deve ser idônea, capaz de enganar e de causar prejuízo relevante juridicamente.

5.5. Requisitos para a Configuração da Falsidade Ideológica Segundo a Jurisprudência

Os requisitos para a configuração da falsidade ideológica segundo a jurisprudência são os seguintes:

- Que a declaração tenha valor por si mesma. Se a declaração tiver de ser investigada pela autoridade pública, não há crime. Exemplo: declaração de pobreza feita perante o delegado – se for falsa, não tipificará o delito, porque deve ser investigada.
- Que a declaração faça parte do objeto do documento. Exemplo: contrato de compra e venda – a declaração que pode ser considerada crime é a referente ao objeto do contrato. As declarações que não façam parte do objeto do contrato não são relevante, como, por exemplo, o endereço falso da testemunha que assinou o acordo é irrelevante.

5.6. Casuísticas

Alguém, que pega a assinatura de um amigo em uma folha em branco e preenche como confissão de dívida, pratica o crime de falsidade ideológica.

Se uma pessoa pegar uma folha e falsificar a assinatura de outra, pratica o crime de falsidade material.

Uma pessoa assina um cheque e entrega para outra preencher; se essa preencher o cheque com um valor superior, pratica o crime de falsidade ideológica.

Se a pessoa pegar um talão de outra, preencher o cheque e falsificar a assinatura, é caso de crime de falsidade material.

Se alguém obtém ilicitamente o documento – arromba o cofre –, a jurisprudência equipara a obtenção ilícita à falsidade material.

Não é qualquer folha em branco assinada que configura documento: somente é considerada documento quando tem destinação.

Se, em um boletim de ocorrência, o escrivão inseriu fatos que não foram narrados, o crime é de falsidade ideológica. A falsificação é do conteúdo, pois o escrivão não alterou o documento, apenas inseriu declaração falsa.

5.7. Elemento Subjetivo do Tipo

Além do dolo, exige-se o fim de prejudicar direito ou criar obrigação ou, ainda, alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

5.8. Consumação e Tentativa

Na modalidade omissiva, a consumação ocorrerá quando a pessoa se omitir, não cumprindo sua obrigação. Não cabe tentativa.

Na conduta *inserir*, o crime estará consumado quando o agente colocar, inserir a declaração falsa. É possível a tentativa.

A conduta, de fazer inserir, consuma-se quando o terceiro inserir. A tentativa é admissível.

O agente não precisa conseguir seu objetivo. O crime estará consumado com a conduta descrita no tipo.

5.9. Formas Qualificadas – Artigo 299, parágrafo único

Trata-se de causa de aumento de pena de 1/6, se:

- A falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil.

Registrar filho alheio como próprio (“adoção à brasileira”) não configura o crime em pauta, e sim o do art. 242 do Código Penal – crime especial.

Registro de nascimento inexistente não é falsidade ideológica e enquadra-se no delito previsto no art. 241 do Código Penal.

- O crime for praticado por funcionário público, prevalecendo-se do cargo.

6. USO DE DOCUMENTO FALSO – ARTIGO 304 DO CÓDIGO PENAL

“Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados a que se referem os arts. 297 a 302:

Pena – a cominada à falsificação ou à alteração”.

É crime remetido; significa que tem como elemento do tipo a menção expressa a outro tipo penal.

6.1. Objetividade Jurídica

A fé pública.

6.2. Sujeito Ativo

Sujeito ativo é qualquer pessoa, menos o autor da falsificação.

6.3. Elementos Objetivos do Tipo

A conduta é *fazer uso*. Consiste em utilizar documento falso como se fosse verdadeiro. Exemplo: nota fiscal falsificada, utilizada para provar compra e venda.

O uso deve ser efetivo, não bastando mencionar que possui o documento.

Uso por solicitação de autoridade – é o exemplo do guarda que pede o documento ao motorista e esse mostra a carteira falsa. A posição majoritária mudou o entendimento – não considerava crime o uso por solicitação porque exigia espontaneidade. Prevalece, atualmente, no Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal que há crime, porque a exigência da espontaneidade não persiste, bastando a conduta voluntária e dolosa da prática do crime.

A Carteira Nacional de Habilitação (CNH) é um documento que possui finalidade específica – a autorização para dirigir veículo. Seu porte é obrigatório apenas para condução de automotores. Com essa premissa, desdobram-se as seguintes hipóteses:

- o motorista, na direção de um veículo, que porta CNH falsa incide no crime de uso de documento falso (o porte, no caso, configura o uso);
- se, em uma festa, o policial, no momento de uma revista, pega uma CNH falsa, não há o delito de uso de documento falso, porque a habilitação não se presta para identificar pessoas; o fato, porém, pode não ser atípico e, se preenchidos os requisitos, é possível enquadrá-lo nos arts. 297 ou 299 do Código Penal (falsificação de documento público ou falsidade ideológica, respectivamente);
- se a autoridade tomasse o RG (falso), ao invés da CNH, o fato também seria atípico ou se enquadraria nos dispositivos dos arts. 297 ou 299 do Código Penal; isso porque o porte do RG não é obrigatório;
- se o policial exige a identificação e o agente mostra o RG falso, aí sim, caracteriza-se o crime de uso de documento falso.

6.4. Elemento Subjetivo do Tipo

É o dolo (direto ou eventual, em caso de dúvida). Não se exige elemento especial.

Se houver erro, exclui-se o dolo.

6.5. Consumação e Tentativa

O crime está consumado com o uso efetivo para a finalidade do documento.

A tentativa não é admitida, pois o crime é unissubsistente (ato único).

7. FALSA IDENTIDADE – ARTIGO 307 DO CÓDIGO PENAL

“Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave”.

7.1. Objetividade Jurídica

A fé pública.

7.2. Sujeito Ativo

Sujeito ativo é qualquer pessoa.

7.3. Sujeito Passivo

Sujeito passivo é a coletividade (o Estado – trata-se de crime vago). Pode haver vítima secundária, pessoa lesada pelo fato.

7.4. Elementos Objetivos do Tipo

A conduta é *atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade*.

- *Atribuir-se*: a pessoa se faz passar por outra.
- *Atribuir a terceiro*: fazer pessoa se passar por outra, que efetivamente existe ou é fruto de criação.

PERGUNTA: O que é identidade?

RESPOSTA: Majoritariamente, seu conteúdo é visto em sentido amplo. São as características que individualizam uma pessoa (nome, filiação, nacionalidade, estado civil, idade, *status* social, profissão etc.).

Se a pessoa muda uma dessas características está mudando de identidade.

A falsidade tem de ser idônea, apta a enganar.

Deve haver relevância jurídica na imputação falsa, capacidade de causar dano.

Existe uma posição minoritária que entende o conceito de identidade em um sentido estrito (personalidade).

Exemplo: quando a pessoa se faz passar por outra, real ou imaginária.

Atribuir-se ou atribuir a alguém é conduta comissiva.

PERGUNTA: O silêncio pode configurar falsa identidade?

RESPOSTA: Não, exige-se manifestação do agente. O mero silêncio não configura o crime. Não é preciso falar que é outra pessoa, basta agir como tal. Exemplo: assinatura.

O nome artístico não configura falsa identidade, porque se incorpora à própria pessoa.

O “nome de guerra” usado pelo travesti, pode configurar crime, se encontrada relevância jurídica.

O preso em flagrante ou aquele que é interrogado em Juízo e dá outro nome para eximir-se da condenação comete o delito de falsidade ideológica, pois isso ultrapassa a autodefesa.

Encontra-se, no entanto, julgado em sentido contrário:

“No sistema jurídico vigente, constitucional ou infraconstitucionalmente, o indiciado e o acusado, presos ou soltos, que declinam nome falso não realizam o tipo contido no art. 307 do Código Penal.”

Em verdade, estão no exercício da autodefesa, em seu mais lato sentido, nos termos do artigo 5.º, inciso LXIII, da Carta da República que lhes conferiu o direito extremo de, até mesmo, calar-se, sem admitir que derive de sua conduta qualquer inferência que lhes seja prejudicial.”(TJRJ, 7.ª CCrim, Ap. n. 44.306/00, , rel. Des. Nildson Araújo da Cruz, j. em 15.3.2001, v. u.).

7.5. Elemento Subjetivo do Tipo

Além do dolo, a lei exige um elemento subjetivo – obter vantagem em proveito próprio ou alheio, ou então causar dano a outrem.

A vantagem pode ser patrimonial ou moral.

É importante que essa seja indevida, ilícita. Se for devida, configura exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do CP).

7.6. Consumação e Tentativa

O crime consuma-se com a conduta de atribuir-se ou atribuir a terceiro a falsa identidade. O delito é formal, pois não se exige resultado.

A tentativa será possível se a conduta for plurissubsistente (exemplos: disfarce, encenação). Se unissubsistente, não há tentativa.

A falsa identidade é crime subsidiário. A subsidiariedade é expressa pelo tipo "... se o fato não constituir crime mais grave". Identificado, portanto, delito mais grave, a falsa identidade fica absorvida.

7.7. Distinção e Concurso de Crimes

Trocar fotografia da carteira de identidade para prestar concurso no lugar de outro tipifica o crime de falsificação de documento público.

O uso de documento falso prevalece sobre a falsa identidade, porque essa constitui elemento daquele.

Falsa identidade e constrangimento ilegal são crimes autônomos – há concurso material.

Se a pessoa se faz passar por médico, comete o crime de exercício ilegal da medicina (art. 282 do CP).

Se a pessoa se faz passar por funcionário público e exerce a função pública, comete usurpação de função pública (art. 328 do CP).

PERGUNTA: Quando a pessoa apenas finge ser funcionário público, mas não exerce qualquer ofício, qual o crime que comete?

RESPOSTA: Segundo o art. 45 da Lei das Contravenções Penais "não comete o crime de falsa identidade, mas a contravenção do art. 45 da LCP, aquele que, sem assumir a personalidade de qualquer outro indivíduo, simplesmente finge ser funcionário público" (TACrimSP, Ac., rel. Cunha Camargo, *JUTACrim* 22/282)⁷.

⁷ FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui (coord.). *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial: Parte Especial*. 7.^a ed. São Paulo: RT, vol. 2, 307.

MÓDULO XXII

1. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1. Espécies

- crimes praticados por funcionário público;
- crimes praticados por particular;
- crimes praticados contra a administração da justiça.

1.2. Crimes Praticados por Funcionário Público

Os crimes praticados por funcionário público são chamados pela doutrina *crimes funcionais*. São crimes que estão relacionados com a função pública. Na classificação geral dos delitos, tais crimes estão inseridos na categoria dos crimes próprios, pois a lei exige uma característica específica no sujeito ativo: ser funcionário público.

Os crimes funcionais podem ser *próprios* e *impróprios*. Essa subdivisão entre os crimes funcionais não se confunde com a classificação do parágrafo anterior.

Crimes funcionais próprios são aqueles cuja exclusão da qualidade de funcionário público torna o fato atípico. Ex.: prevaricação.

Crimes funcionais impróprios são aqueles em que, excluindo-se a qualidade de funcionário público, haverá desclassificação para crime de outra natureza. Ex.: peculato, que passa a ser furto. A doutrina chama essa modificação "atipicidade relativa".

O Código de Processo Penal traz um rito diferente para os crimes praticados por funcionário público (arts. 513 a 518), em que existe a defesa preliminar antes do recebimento da denúncia.

1.2.1. Conceito de funcionário público

De acordo com o art. 327 do Código Penal: "Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública".

O parágrafo primeiro dispõe quem são os funcionários públicos, por equiparação. São eles: quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal e quem trabalha para empresa, prestadora de serviço, contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

Entidade paraestatal é entendida, majoritariamente, como a administração indireta – autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista e fundação pública.

Uma posição minoritária, restritiva, entende que entidade paraestatal é somente a autarquia.

Síndico da massa falida, inventariante, curador e tutor, não são funcionários públicos.

Funcionário de cartório é funcionário público.

Funcionário do Banco do Brasil é funcionário público, pois o Banco do Brasil é uma sociedade de economia mista.

Funcionário dos Correios é funcionário público, pois o Correios é uma empresa pública.

Se o interesse em questão for o da União, a competência será da Justiça Federal.

O conceito de equiparação, para a doutrina majoritária, só abrange os casos em que o funcionário for autor do crime. A comparação não pode ser aplicada quando o funcionário for vítima.

1.3. Causas de Aumento de Pena – Artigo 327, § 2.º, do Código Penal

Segundo o artigo 327, § 2.º, do Código Penal as causas de aumento da pena decorrem quando o autor do crime exerce:

- cargo em comissão (cargo de confiança);

- cargo de direção ou assessoramento de órgãos da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública e fundação instituída pelo Poder Público.

1.4. Concurso de Agentes

Um particular pode responder por peculato em concurso de agentes com um funcionário público.

O particular deve ter consciência e vontade (dolo) em relação ao agente do tipo, ou seja, deve saber que esse possui a condição de funcionário público. Caso contrário, transforma-se em responsabilidade objetiva, o que é proibido.

Fundamento: segundo o art. 30 do Código Penal são comunicáveis as circunstâncias de caráter pessoal quando elementares do crime. Ser funcionário público é circunstância pessoal e elementar do crime.

Se o particular não souber que o outro é funcionário público, responderá por outro crime. Exemplo: furto.

2. PECULATO

2.1. Peculato Doloso

- *Peculato-apropriação*: art. 312, *caput*, primeira parte.
- *Peculato-desvio*: art. 312, *caput*, segunda parte.
- *Peculato-furto*: art. 312, § 1.º.
- *Peculato mediante erro de outrem*: art. 313.

2.2. Peculato Culposo

O peculato culposo está descrito no art. 312, § 2.º, do Código Penal.

2.3. Considerações Gerais Sobre Todos os Tipos de Peculato

2.3.1. Objetividade jurídica

Visa-se proteger a probidade administrativa (patrimônio público). Esses crimes são chamados crimes de improbidade administrativa.

2.3.2. Sujeito ativo

Sujeito ativo é o funcionário público.

2.3.3. Sujeito passivo

Sujeito passivo é o Estado, visto como Administração Pública. Pode existir um sujeito passivo secundário (particular).

2.4. Peculato-apropriação

- apropriar-se;
- funcionário público;
- dinheiro, valor, bem móvel, público ou privado;
- posse em razão do cargo;
- proveito próprio ou alheio.

2.4.1. Elementos objetivos do tipo

O núcleo é apropriar-se, ou seja, fazer sua a coisa alheia. A pessoa tem a posse e passa a agir com se fosse dona. O agente muda a sua intenção em relação à coisa.

O fundamento é a posse lícita anterior.

No caso de posse em razão do cargo: na verdade, a posse está com a Administração. O bem tem de estar sob custódia da Administração. Exemplo: um automóvel, apreendido na rua, vai para o pátio da Delegacia. Um policial militar subtrai o toca-fitas. Ele praticou peculato-furto, pois não tinha a posse do bem. Se o funcionário fosse o responsável pelo bem, seria caso de peculato-apropriação. Se o carro estivesse na rua, seria furto.

Exemplo: em uma repartição pública, um funcionário furta a carteira de outro – é crime de furto. Se um funcionário de uma repartição entra em outra repartição e dali subtrai um bem, é crime de peculato-furto.

No peculato-apropriação e no peculato mediante erro de outrem há apropriação, ou seja, a posse é anterior; a diferença está no erro de outrem.

2.4.2. Objeto material

Dinheiro, valor ou bem móvel. Tudo que for imóvel não é admitido no peculato. O crime que admite imóvel é o estelionato.

Bem móvel, no Direito Penal, possui um conceito mais amplo do que no Direito Civil, pois é tudo aquilo que se pode transportar.

Valor é qualquer coisa que tenha valor econômico.

PERGUNTA: Um funcionário público usar outros funcionários subordinados para prestação de serviço particular configura peculato?

RESPOSTA: Não. Funcionário não é valor, dinheiro, nem bem móvel. Está fora do objeto material. Pode ser improbidade administrativa (enriquecimento ilícito).

PERGUNTA: E se o agente for um prefeito?

RESPOSTA: Saímos então do Código Penal e vamos para o Dec. n. 201/67 (art. 1.º, inc. II) que tipifica a conduta de prefeito que usa funcionário público.

2.4.3. Consumação

A consumação do peculato-apropriação se dá no momento em que ocorreu a apropriação: quando o agente inverteu o *animus*, quando passou a agir como se fosse dono.

2.4.4. Tentativa

Teoricamente é possível, mas na prática é difícil comprovar.

PERGUNTA: O síndico pratica crime de peculato-apropriação?

RESPOSTA: Não, seu crime é o de apropriação indébita, pois ele não é funcionário público. O mesmo se diz em relação ao inventariante e ao depositário judicial.

2.5. Peculato-malversação

O peculato-malversação ocorre quando o bem *particular* estiver sob custódia da Administração Pública.

2.5.1. Objeto material

Bem particular sob posse da Administração Pública.

Malversação significa má utilização.

PERGUNTA: Alguém tem de fazer um depósito judicial e é atendido por um funcionário que lhe diz para deixar o dinheiro que ele próprio, funcionário, fará o depósito. O funcionário se apropria do bem. Que crime ele praticou?

RESPOSTA: Não é peculato, porque o dinheiro ainda não estava na posse da administração. Ele praticou estelionato.

PERGUNTA: Se a vítima entrega o dinheiro para o funcionário porque o banco já fechou e o funcionário apropria-se da importância, qual o crime praticado?

RESPOSTA: Não é caso de peculato, nem de estelionato, pois não houve posse pela Administração Pública; é, sim, caso de apropriação indébita.

PERGUNTA: Um funcionário da Prefeitura estava sem receber salário há três meses. Ele apropria-se de dinheiro da Prefeitura. Que crime praticou?

RESPOSTA: Peculato-apropriação, pois o bem é público e estava na posse do funcionário.

2.6. Peculato-desvio – Artigo 312, Segunda Parte, do Código Penal

No peculato-desvio o que muda é apenas a conduta, que passa a ser *desviar*.

Desviar é alterar a finalidade, o destino.

Exemplo: existe um contrato que prevê o pagamento de um certo valor por uma obra. O funcionário paga esse valor, sem a obra ser realizada. Nesse caso há peculato-desvio.

Liberação de dinheiro para obra superfaturada também é caso de peculato-desvio.

2.6.1. Elemento subjetivo do tipo

O elemento subjetivo do tipo é a intenção do desvio para proveito próprio ou alheio.

O funcionário tem de ter a posse lícita da coisa.

Se alguém desviar em proveito da própria Administração, haverá outro crime, qual seja, uso ou emprego irregular de verbas públicas (art. 315 do CP).

PERGUNTA: O proveito pode ser moral?

RESPOSTA: Sim, não há exigência de o proveito ser patrimonial; pode ser proveito moral, como, por exemplo, obtenção de prestígio ou vantagem política.

PERGUNTA: A aprovação do Tribunal de Contas tem alguma influência?

RESPOSTA: Não, pois não tem força judicial. O Tribunal de Contas não tem o dever de ficar investigando crimes; portanto, não tem influência penal a sua aprovação ou não.

2.6.2. Consumação e tentativa

A consumação ocorre no momento em que o bem for efetivamente desviado – crime formal –, não importando se a vantagem visada foi conseguida ou não.

A tentativa é possível.

PERGUNTA: Funcionário tem a guarda de um bem e resolve usá-lo para fins particulares; posteriormente, devolve-o nas mesmas condições de uso. Qual o crime praticado?

RESPOSTA: Dolo de uso não é dolo de apropriação. Também não é desvio (definitivo). Não é peculato-apropriação, nem desvio, nem furto. Em regra esse peculato-uso não configura crime.

Podemos falar em improbidade administrativa. Exceções:

- Prefeito, pois cai no Dec. n. 201/67, art. 1.º, inc. II, que tipifica o crime.
- Se o funcionário pega dinheiro e depois devolve – houve apropriação e depois ressarcimento (e não devolução). Dinheiro é bem fungível – o uso de bem fungível configura crime de peculato porque há apropriação.

2.7. Peculato-furto – Artigo 312, § 1.º, do Código Penal

Funcionário público que, *embora não tendo a posse* do dinheiro, valor ou bem, o subtrai ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário. Nesse caso é aplicada a mesma pena.

A conduta é subtrair, ou seja, tirar da esfera de proteção da vítima, de sua disponibilidade. Uma outra conduta possível é a de concorrer dolosamente.

Não basta ser funcionário público; ele precisa se valer da facilidade que essa qualidade lhe proporciona (a execução do crime é mais fácil para ele). Por facilidade, entende-se crachá, segredo de cofre etc.

Um funcionário público pode praticar furto ou peculato-furto, dependendo se houve, ou não, a facilidade.

2.7.1. Consumação e tentativa

O crime consuma-se com a efetiva retirada da coisa da esfera de vigilância da vítima.
A tentativa é possível.

2.8. Peculato Culposo – Artigo 312, § 2.º, do Código Penal

São requisitos do crime de peculato culposo: a conduta culposa do funcionário público e que terceiro pratique um crime doloso, aproveitando-se da facilidade provocada por aquela conduta.

Restrições:

- O parágrafo refere-se ao *caput*.
- De acordo com o § 2.º é crime de outrem. É o peculato-apropriação, desvio ou furto.

O funcionário vai facilitar culposamente o peculato doloso de outrem.

A jurisprudência majoritária amplia tal entendimento: a expressão *crime de outrem* abrange todos os crimes patrimoniais cuja vítima seja a Administração Pública.

PERGUNTA: Se a conduta culposa do funcionário causou dano à Administração Pública, pode-se falar em peculato culposo?

RESPOSTA: Não, pois não há crime de outrem.

Não basta haver dano; deve existir crime de outrem.

2.8.1. Consumação e tentativa

Peculato culposo é crime independente do crime de outrem, mas estará consumado quando se consumir o crime de outrem.

Não há tentativa de peculato culposo, pois não existe tentativa de crime culposos.

Se o crime de outrem é tentado, será respondido por tentativa. O fato é atípico para o funcionário público.

2.8.2. Reparação de danos no peculato culposos – Artigo 312, § 3.º, do Código Penal

É a devolução do objeto ou o ressarcimento do dano.

É preciso ficar atento para as seguintes regras:

- Se a reparação do dano for anterior à sentença irrecorrível (antes do trânsito em julgado – primeira ou segunda instância), extingue a punibilidade.
- Se a reparação do dano for posterior à sentença irrecorrível (depois do trânsito em julgado), ocorre a diminuição da pena, pela metade.

Atenção: no peculato doloso não se aplicam essas regras.

PERGUNTA: Qual o efeito da reparação do dano no peculato doloso?

RESPOSTA: Para qualquer crime doloso, os efeitos são os seguintes:

- Arrependimento posterior (art. 16 do CP) – se for anterior ao recebimento da denúncia, redução da pena de 1/3 a 2/3.
- Se ocorrer depois do recebimento da denúncia, é atenuante genérica do art. 65, inc. III, “b”, do Código Penal.
- Se depois da sentença, é atenuante nominada do art. 66. O acórdão pode reconhecer atenuante que a sentença não reconheceu.

2.9. Peculato Mediante Erro de Outrem – Artigo 313 do Código Penal

“Apropriar-se de dinheiro ou qualquer utilidade que, no exercício do cargo, recebeu por erro de outrem”.

O peculato mediante erro de outrem é erroneamente chamado peculato-estelionato. Não é um estelionato, pois o erro da vítima não é provocado pelo agente.

O núcleo do tipo é apropriar-se (para tanto, é preciso posse lícita anterior). Na verdade, é um peculato-apropriação.

O núcleo do estelionato é obter.

O erro de outrem tem de ser espontâneo; e o recebimento, por parte do funcionário, de boa-fé. Não há fraude.

Exemplo: pessoa deve dinheiro para a Prefeitura, erra a conta e paga a mais. O funcionário recebe o dinheiro sem perceber o erro. Depois, ao perceber o erro, apropria-se do excedente – trata-se de peculato mediante erro.

Exemplo: pessoa paga duas vezes ou em lugar errado. O funcionário recebe de boa-fé. Depois percebe o erro e, em vez de devolver o dinheiro ou encaminhar a questão para que a falha seja sanada, apropria-se da importância. Trata-se de peculato mediante erro de outrem.

O funcionário se apropriou de algo que já estava com a Administração Pública.

PERGUNTA: É possível concurso de agentes no peculato mediante erro de outrem?

RESPOSTA: Sim. O núcleo é apropriar-se, e não receber.

Exemplo: funcionário descobre que “A” pagou R\$ 10.000,00 a mais e procura o chefe para informá-lo; esse lhe diz para cada um ficar com R\$ 5.000,00.

Observação: particular pode ser partícipe.

2.9.1. Elemento subjetivo

O elemento subjetivo é o dolo de se apropriar.

2.9.2. Consumação

O crime consuma-se no momento da apropriação, ou seja, no momento em que o agente passa a agir como se fosse dono.

2.9.3. Tentativa

A tentativa é possível.

2.9.4. Observação

Os artigos 313-A e 313-B do Código Penal, incluídos pela Lei n. 9.983/2000, não têm ligação com o crime de peculato, e sim tratam de crimes ligados à informática.

3. CONCUSSÃO – ARTIGO 316 DO CÓDIGO PENAL

“Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa”.

O crime de concussão é diferente do crime de corrupção passiva. A diferença está no núcleo do tipo. A concussão tem por conduta exigir; é um “querer imperativo”, que traz consigo uma ameaça, ainda que implícita. A corrupção passiva tem por conduta solicitar, receber, aceitar promessa.

Na concussão, há vítima na outra ponta.

A concussão é uma extorsão praticada por funcionário público em razão da função.

Exigir significa coagir, obrigar.

A ameaça pode ser implícita ou explícita e, ainda assim, será concussão.

O agente pode exigir direta ou indiretamente – por meio de terceiro, ou por outro meio qualquer, como, por exemplo, ameaça velada.

3.1. Objetividade Jurídica

Proteger a probidade administrativa.

3.2. Sujeito Ativo

O sujeito ativo é o funcionário público. O particular pode praticar o crime, em concurso com o funcionário.

PERGUNTA: O particular, sem que haja concurso com o funcionário público, pode praticar concussão?

RESPOSTA: Sim, uma vez que, antes de assumir a função pública, ainda é particular.

3.3. Sujeito Passivo

O sujeito passivo é o Estado (a Administração Pública). O particular pode ser sujeito passivo secundário.

3.4. Elementos Objetivos do Tipo

Exigir em razão da função: deve existir nexo causal entre a exigência e a função.

PERGUNTA: Se alguém se faz passar por fiscal ou policial e exige dinheiro, que crime comete?

RESPOSTA: Pode ser o crime de extorsão, mas não é caso de concussão, porque ele não tem função.

Em razão da função não significa no exercício da função. São coisas diferentes. A pessoa pode estar em férias, de folga, ou ainda não ter assumido a função.

O funcionário pode exercer a função e o crime não ser concussão. Exs.: ameaçar e pedir o relógio, exigir dinheiro para não mostrar fotos comprometedoras.

A vantagem deve ser indevida, pois se a vantagem for devida configura o crime de abuso de autoridade.

PERGUNTA: A vantagem da concussão tem de ser patrimonial ou também pode ser moral?

RESPOSTA: Prevalece o entendimento de que deve ser patrimonial. Há quem diga que pode ser moral (prestígio, posição de destaque).

PERGUNTA: E se o funcionário exigir que a vítima pratique sexo?

RESPOSTA: É crime de estupro.

3.5. Consumação e Tentativa

A consumação ocorre no momento em que a exigência chega ao conhecimento da vítima, pois o crime de concussão é formal.

A concussão não depende da obtenção da vantagem para a sua consumação; basta a exigência. Se o funcionário obtiver a vantagem, será mero exaurimento.

A tentativa é possível. Exemplo: quando a exigência for por escrito. Pode ocorrer a tentativa também no caso de secretária eletrônica, quando alguém retira a fita antes de a vítima ouvir e leva-a para a polícia.

Não é possível a tentativa na conduta verbal.

Se a vítima avisar a polícia do dia, hora e local em que vai entregar o dinheiro exigido, o crime já estava consumado desde o momento da exigência.

PERGUNTA: Neste caso é flagrante?

RESPOSTA: Há duas posições a respeito:

- Não há flagrante porque o crime se consumou no momento da exigência. Exigência é uma conduta instantânea.
- A posição majoritária sinaliza no sentido de que há flagrante, pois o crime é instantâneo, mas de efeitos permanentes, podendo ser enquadrado no "logo após". Há um segundo argumento ainda, de que a exigência pode ser vista como uma conduta permanente, pois se prolonga no tempo.

4. CORRUPÇÃO PASSIVA – ARTIGO 317 DO CÓDIGO PENAL

"Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena – reclusão de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa."

Na corrupção passiva não há ameaça, nem constrangimento.

4.1. Elementos Objetivos do Tipo

Solicitar, pedir. Quem pede não constrange, não ameaça, simplesmente pede. A atitude de solicitar é iniciativa do funcionário público.

Receber, entrar na posse. É preciso o indício de que a pessoa entrou na posse efetivamente.

Aceitar promessa, concordar com a proposta. Pode ser por silêncio, gesto, palavra. A iniciativa é de um terceiro que faz a proposta. Alguém propõe e o funcionário aceita.

PERGUNTA: Sempre que houver corrupção passiva irá existir o crime de corrupção ativa?

RESPOSTA: Não. Na conduta de solicitar, quando, por exemplo, o funcionário pede e o particular não dá, só ocorre corrupção passiva.

Observação: se o funcionário pede e a pessoa coloca a mão dentro do bolso e entrega, não é caso de corrupção ativa, pois não existe tipificação para entregar, só para prometer, oferecer. Só há corrupção passiva nesse caso.

Na modalidade solicitar, onde a iniciativa é do funcionário público, não há crime de corrupção ativa, e sim de corrupção passiva.

Já, nas modalidades de receber e aceitar promessa, ocorre corrupção ativa na outra ponta, pois a iniciativa foi de terceiro.

Vantagem indevida na corrupção passiva é para que o funcionário faça alguma coisa, deixe de fazer, ou então retarde.

PERGUNTA: Se a vantagem indevida for para o funcionário praticar um ato de ofício, há corrupção passiva?

RESPOSTA: Sim. O que importa é a vantagem indevida como motivo. Tanto faz se o ato é de ofício ou não; importa é que a vantagem seja indevida.

Ex.: seguradora oferece dinheiro para os policiais que encontrarem determinados carros. Há crime de corrupção passiva, pois eles já ganham para fazer isso.

Observação: recompensa genérica não é crime.

4.2. Classificação da Corrupção Passiva

A doutrina classifica a corrupção passiva em:

- *Própria:* ocorre quando a vantagem indevida for oferecida para o funcionário praticar ou deixar de praticar, ilegalmente, o ato.
- *Imprópria:* quando se pretende que o ato, que o funcionário venha a realizar ou deixe de realizar, seja legal.
- *Antecedente:* a vantagem é entregue ao funcionário antes da ação ou omissão.
- *Subseqüente ou conseqüente:* a vantagem é prometida antes, mas entregue depois.

A gratificação em agradecimento, ou em época festiva, se for de pequeno valor ou genérica, não configura crime. É um costume, e o costume afasta o dolo de corrupção.

4.3. Consumação e Tentativa

A consumação ocorre quando houver a solicitação, o recebimento ou a aceitação da vantagem.

A consumação não depende da prática ou da omissão de ato por parte do funcionário. O recebimento da vantagem só é importante para a modalidade receber.

É crime formal, pois não tem nenhum resultado naturalístico.
O exaurimento é causa de aumento de pena (+ 1/3).
A tentativa é possível na solicitação por escrito.

4.4. Corrupção Passiva Privilegiada – § 2.º

A corrupção passiva privilegiada ocorre com pedido ou influência de outrem.
Esse parágrafo deveria ser crime autônomo, porque traz elementos muito diferentes da corrupção.
Corrupção privilegiada é um crime material – praticar, deixar de praticar.
Na corrupção passiva o móvel todo é a vantagem indevida; na corrupção privilegiada o sujeito aceita o pedido.

5. PREVARICAÇÃO – ARTIGO 319 DO CÓDIGO PENAL

“Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal:
Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa”.

A satisfação do interesse ou sentimento pessoal é o que diferencia a prevaricação da concussão e da corrupção. Trata-se de um elemento subjetivo do tipo.
Se for caso de vantagem indevida, o crime é o de concussão ou corrupção passiva.
Se for caso de sentimento pessoal, o crime é o de prevaricação.
A prevaricação é crime subsidiário – a vantagem indevida pode caber na prevaricação.
Aqui deve se entender sentimento pessoal como sentimentos de amor, ódio, raiva, vingança, amizade, inimizade.

PERGUNTA: Interesse ou sentimento: pode ser beneficiada terceira pessoa?

RESPOSTA: Sim. Pode ser um interesse pessoal e ajudar terceiro. O benefício, na prevaricação, pode ser de terceira pessoa.

PERGUNTA: A preguiça ou o desleixo podem ser enquadrados na prevaricação?

RESPOSTA: A mera preguiça não configura prevaricação.

5.1. Elementos Objetivos do Tipo

São elementos objetivos do tipo:

- retardar;
- deixar de praticar;
- praticar.

As condutas retardar e deixar de praticar são condutas omissivas (omissão própria).

Praticar é conduta comissiva.

A diferença entre retardar e deixar de praticar é que esse último tem um tom de definitividade. Retardar é protelar, demorar.

Ato de ofício é aquele ato que está inserido na esfera de atribuições ou de compromissos do agente.

5.2. Elementos Normativos

Os elementos normativos dependem de juízo de valor, ou seja, retardar ou deixar de praticar *indevidamente*, e praticar, *contra disposição expressa de lei*.

5.3. Consumação e Tentativa

Consumação: nas condutas omissivas, quando o agente retarda ou deixa de praticar o que deveria. Na conduta de praticar, quando atua.

Nos crimes omissivos próprios não é possível a tentativa. Na conduta de praticar, a tentativa é admissível.

MÓDULO XXIII

1. RESISTÊNCIA – ARTIGO 329 DO CÓDIGO PENAL

"Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos."

1.1. Objetividade Jurídica

A autoridade, o prestígio da Administração Pública.

1.2. Sujeito Ativo

O sujeito ativo é qualquer pessoa, até mesmo funcionário público, pois, no momento em que resiste, ele deixa de ser funcionário público, uma vez que nenhuma função é exercida com violência ou grave ameaça.

PERGUNTA: Um policial prende alguém, e um amigo deste investe contra o policial para tentar impedir a prisão. Esse terceiro pratica crime de resistência?

RESPOSTA: Sim, pois o tipo não exige que aquele que vai sofrer o ato é que pratique a resistência.

1.3. Sujeito Passivo

O Estado é o sujeito passivo primário e o funcionário competente ou quem lhe esteja prestando auxílio é o sujeito passivo secundário.

O funcionário tem de ser competente, ou seja, ter entre suas atribuições a atribuição de praticar o ato.

PERGUNTA: Se dois policiais vão prender alguém e são recebidos a tiro, quantos crimes de resistência foram praticados?

RESPOSTA: Apenas um crime, pois a oposição à execução do ato é um crime só, não importando o número de funcionários.

1.4. Elementos Objetivos do Tipo

Conduta: opor-se, servir de oposição, de obstáculo.

A oposição tem de ser com violência ou com ameaça.

O tipo não exige grave ameaça; basta a ameaça, ou seja, a promessa de mal.

Resistência passiva não é crime de resistência, porque não há violência e nem grave ameaça. Exemplos: deitar-se no chão para não ser preso, segurar-se em um poste, fugir correndo.

A resistência deve servir para impedir o ato. Se o mesmo já foi praticado, não se pode falar em resistência, podendo esta ocorrer, no máximo, contemporânea ao ato.

Ato legal: o ato a ser cumprido deve ser legal quanto ao conteúdo e à forma. Se o ato for ilegal não se pode falar em crime de resistência.

PERGUNTA: Se o ato for injusto, há resistência?

RESPOSTA: Sim. Não é possível discutir se é justo ou injusto; apenas é preciso observar se o ato é legal ou não.

1.5. Elemento Subjetivo do Tipo

Dolo, intenção de opor-se à execução do ato, com violência ou ameaça. Além do dolo, deve haver a intenção de impedir o ato – finalidade especial.

PERGUNTA: A embriaguez afasta o crime de resistência?

RESPOSTA: A embriaguez não afasta o dolo. Alguns autores sustentam que a embriaguez afasta a intenção de impedir o ato, porque o bêbado não tem noção dessa finalidade especial.

1.6. Consumação

O crime de resistência consuma-se no momento em que a pessoa opõe-se, com violência ou ameaça. Trata-se, portanto, de crime formal – *caput*.

Se o agente consegue impedir o ato, ocorre exaurimento, que no crime em questão configura uma qualificadora, constante do § 1.º (como o § 1.º exige o resultado, nesse caso, o crime é material.).

1.7. Concurso de Crimes

A lei determina o concurso da resistência com a violência (art. 329, § 2.º, do CP). Não há concurso com a ameaça, pois esta fica absorvida.

O concurso é material.

No caso de resistência e desacato, a resistência absorve o desacato.

No caso de resistência e desobediência, a resistência absorve a desobediência.

É pacífico que a resistência absorve as vias de fato.

2. DESOBEDIÊNCIA – ARTIGO 330 DO CÓDIGO PENAL

“Desobedecer a ordem legal de funcionário público.

Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa.”

2.1. Objetividade Jurídica

A Administração Pública, seu prestígio, sua autoridade.

2.2. Sujeito Ativo

Qualquer pessoa.

PERGUNTA: Funcionário público, no exercício da função, pratica desobediência?

RESPOSTA: Há duas posições:

- A majoritária afirma que o funcionário público no exercício da função pratica prevaricação e não desobediência, pois, nesse caso, há crime próprio. Ex.: juiz dá ordem ao escrivão e este não a cumpre pratica o crime de prevaricação.
- A minoritária sustenta que o funcionário público, no exercício da função, pratica o crime de desobediência ao não atender a ordem de outro funcionário público.

2.3. Sujeito Passivo

O Estado e, de forma secundária, o funcionário público que emitiu a ordem desobedecida.

2.4. Elementos Objetivos do Tipo

Desobedecer: não cumprir, não atender.

PERGUNTA: O crime é comissivo ou omissivo?

RESPOSTA: O crime de desobediência pode ser praticado na forma omissiva ou comissiva, dependendo da ordem dada.

Ordem legal: ordem é um mandamento, uma determinação, e não um pedido ou uma solicitação. Deve ser *legal* - material e formalmente (pode até não ser justa).

Funcionário público: deve ser competente para proferir a ordem.

Para que o crime se configure, é necessário que o destinatário tenha o dever jurídico de cumprir a ordem.

Obs.: não há crime se a recusa ocorre por motivo de força maior.

2.5. Consumação

O crime de desobediência consuma-se com a realização da conduta, que pode ser omissiva ou comissiva.

2.6. Tentativa

Em regra, a tentativa é admitida apenas quando a conduta é comissiva.

A jurisprudência tem entendido que quando um fato que poderia caracterizar crime de desobediência tem sanção civil ou administrativa – e essa não estabelece cumulação com pena criminal – ele não é considerado crime.

Obs.: recusar-se ao teste do bafômetro não configura crime.

3. DESACATO – ARTIGO 331 DO CÓDIGO PENAL

“Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.”

3.1. Objetividade Jurídica

Resguardar a Administração Pública, sua autoridade, seu prestígio.

3.2. Sujeito Ativo

Qualquer pessoa.

PERGUNTA: O funcionário público, no exercício da função, pode praticar desacato? Como, por exemplo, juiz ofender escrivão.

RESPOSTA: Segundo a doutrina dominante sim, pois nenhuma função pública autoriza ofender; a ofensa não faz parte do exercício funcional. Quando o funcionário público ofende, não age como funcionário público, mas sim como um particular.

PERGUNTA: O advogado, no exercício funcional, pode praticar o crime de desacato?

RESPOSTA: Sim. A Constituição Federal confere imunidade ao advogado nos crimes contra a honra (art. 133 da CF). O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil ampliou essa imunidade incluindo o desacato, que é um crime contra a Administração Pública; mas o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional essa ampliação.

3.3. Sujeito Passivo

O sujeito passivo é o Estado e, secundariamente, o funcionário público ofendido.

Se três funcionários forem desacatados no mesmo contexto há apenas um crime (segundo a doutrina majoritária, tratando-se de crime contra a honra, seriam três crimes).

3.4. Elementos Objetivos do Tipo

Desacatar: ofender, humilhar, desprestigiar.

O desacato pode ser praticado de qualquer forma (palavras, gestos), exceto por carta, pois é exigida a presença do funcionário. O crime deve atingir a função que ele exerce e não sua pessoa.

Estar presente não significa estar cara a cara, mas sim que o funcionário tem de perceber a conduta. A carta pressupõe ausência. Por carta pode existir crime contra a honra.

Diferença entre desacato e injúria qualificada:

- *funcionário presente*: desacato;
- *funcionário ausente*: injúria qualificada.

Se o funcionário não se sentir ofendido, ainda assim haverá crime. O sujeito passivo é a Administração.

PERGUNTA: O funcionário pode ser desacatado estando de férias? Ou no fim de semana?

RESPOSTA: Sim. O tipo refere-se a funcionário público no exercício funcional ou *em razão da função*.

Obs.: dizer que todo funcionário público é vagabundo não é desacato por ser uma afirmação genérica.

O desacato precisa de testemunha, não bastando a palavra do funcionário público.

3.5. Consumação

O crime consuma-se no momento da ofensa, da conduta.

3.6. Tentativa

Não é possível, pois para que o delito se configure é necessária a presença da vítima.

3.7. Elemento Subjetivo do Tipo

Intenção de ofender, atingir a função.

A jurisprudência majoritária exige o ânimo calmo e refletido para que ocorra o desacato.

4. CORRUPÇÃO ATIVA – ARTIGO 333 DO CÓDIGO PENAL

"Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa".

Esse crime configura um caso de exceção à teoria monista, segundo a qual todos os que contribuírem para um crime responderão por esse mesmo crime.

Se o funcionário público solicita vantagem indevida e o particular não a entrega, configura-se o crime de corrupção passiva. Ainda que o particular entregue o que foi solicitado pelo funcionário público, não haverá o crime em estudo, pois o tipo do artigo 333 refere-se apenas a *oferecer* ou *prometer* vantagem indevida.

Nos casos de "o particular *oferecer* e o funcionário *receber*" ou "o particular *prometer* e o funcionário *aceitar promessa*", há corrupção ativa e corrupção passiva.

Se o particular oferecer vantagem indevida e o funcionário não aceitar, só há crime de corrupção ativa.

No crime de corrupção ativa o particular tem a iniciativa de corromper o funcionário público.

4.1. Objetividade Jurídica

Proteger o prestígio da Administração Pública.

4.2. Sujeito Ativo

Qualquer pessoa. Um funcionário público pode corromper outro funcionário público.

4.3. Sujeito Passivo

O sujeito passivo é o Estado, é a Administração Pública.

4.4. Elementos Objetivos do Tipo

- *Oferecer ou prometer:*

Oferecer: é apresentar, propor alguma coisa para ser aceita.

Prometer: é obrigar-se a fazer ou não fazer alguma coisa.

As condutas podem ser praticadas por qualquer modo (palavra, gesto, escrito, intermediário).

PERGUNTA: Pedir para o funcionário “dar um jeitinho” configura o crime em questão?

RESPOSTA: Não, pois não há oferecimento nem promessa de vantagem indevida.

- *Vantagem indevida:*

Se a vantagem for devida, haverá outro crime.

Vantagem: pode ser qualquer uma, econômica, sexual etc.

A oferta deve ser feita a pessoa determinada ou pessoas determinadas (mais de um funcionário). Oferta genérica não constitui crime.

- *Ato de ofício:*

Alguém pode oferecer dinheiro para que o funcionário realize suas funções; mesmo assim, haverá crime.

A conduta do agente deve ser anterior à conduta do funcionário. Se o funcionário já praticou o ato, a pessoa não sabe e oferece dinheiro, não há o crime.

PERGUNTA: O funcionário vai praticar um ato ilegal contra a pessoa e esta, para não sofrer o ato, oferece dinheiro para o funcionário. Ela pratica crime?

RESPOSTA: Não há crime. A pessoa está se defendendo da ilegalidade; ela não teve iniciativa, apenas se defendeu.

4.5. Elemento Subjetivo do Tipo

Dolo genérico: é a intenção de corromper, oferecer, prometer.

Dolo específico: determinar o funcionário público a praticar, omitir ou retardar o ato de ofício.

4.6. Consumação

Ocorre no momento do oferecimento, da promessa. Não importa se o funcionário irá fazer ou não. O crime é formal, não precisa do resultado para consumir-se.

Caso o funcionário efetivamente pratique o ato, é mero exaurimento; mas, nesse caso, o exaurimento aumenta a pena em um terço (parágrafo único do art. 333 do CP).

4.7. Tentativa

A tentativa é possível apenas na forma escrita (ex.: carta que se extravia antes de chegar ao conhecimento do funcionário).

5. DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA – ARTIGO 339 DO CÓDIGO PENAL

“Dar causa à instrução de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente:

Pena – reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.”

Esse crime foi modificado pela Lei n. 10.028, de 19.10.2000.

5.1. Objetividade Jurídica

A administração da justiça.

5.2. Sujeito Ativo

Qualquer pessoa, inclusive delegado, promotor, juiz etc.

Se o crime for de ação penal privada ou de ação penal condicionada à representação, quem pode dar causa à instauração é a vítima ou seu representante legal.

5.3. Sujeito Passivo

O Estado. O sujeito passivo secundário é aquele a quem se atribuiu falsamente a prática do delito.

5.4 Elementos Objetivos do Tipo

Dar causa: originar, causar, provocar.

Pode ser praticado por qualquer meio, pois é um crime de forma livre.

A denúncia caluniosa pode ser direta ou indireta.

Direta: quando o próprio agente dá causa (de forma verbal ou escrita).

Indireta: quando o agente faz com que a notícia chegue à autoridade por qualquer meio (telefonema anônimo, carta anônima, encenação por exemplo, colocar um objeto na bolsa de alguém).

A pena aumenta em um sexto se o autor servir-se de anonimato ou nome falso (art. 339, § 1.º, do CP).

PERGUNTA: Instauração de investigação policial precisa de inquérito?

RESPOSTA: Não. É possível que a polícia inicie uma investigação antes mesmo de instaurar um inquérito policial.

Processo judicial: abrange o processo penal e o processo civil.

Dar causa à investigação administrativa, sindicância ou procedimento administrativo, é crime.

Obs.: inquérito civil é investigação administrativa, e ação de improbidade é ação civil, mas o legislador quis ser expresso.

Contra alguém: o crime de denúncia caluniosa exige que a imputação seja feita contra alguém, ou seja, contra pessoa determinada.

Comunicação falsa de crime: a pessoa inventa um crime, mas não faz imputação a ninguém. Ex.: homem que cortou o próprio braço para receber o seguro e disse que foi vítima de roubo.

A denúncia caluniosa pode ocorrer de duas formas:

- O crime realmente aconteceu, mas o denunciado não participou.
- O agente *inventa* um crime e o atribui à determinada pessoa.

Há, também, denúncia caluniosa com imputação falsa de contravenção está previsto no § 2.º do artigo 339 do Código Penal.

O fato deve ser certo, determinado.

O mesmo fato pode ser objeto de inquérito civil e inquérito policial.

PERGUNTA: Se o fato imputado for crime já prescrito?

RESPOSTA: Não há crime de denúncia caluniosa.

Se o fato tiver uma excludente, não há denúncia caluniosa.

PERGUNTA: Se uma pessoa fizer a imputação pensando que "fulano" é inocente e depois se descobre que ele é culpado, há o crime de denúncia caluniosa?

RESPOSTA: Segundo a doutrina, o crime tem de ser subjetiva e objetivamente falso. No exemplo da pergunta a imputação foi subjetivamente falsa, ou seja, na concepção do agente o denunciado era inocente. Objetivamente, a imputação era verdadeira porque este cometeu mesmo o crime. Nessa circunstância não há crime de denúncia caluniosa. A imputação não é falsa, e sim verdadeira.

PERGUNTA: Se a denúncia caluniosa for praticada no interrogatório policial ou judicial, há crime?

RESPOSTA: Prevalece o entendimento de que não há crime porque essa conduta estaria dentro da autodefesa.

5.5. Elemento Subjetivo do Tipo

Dolo direto ("sabe").

O dolo eventual está excluído. Se o denunciante não tem certeza quanto à responsabilidade do denunciado, não há crime – mesmo se, posteriormente, ficar comprovado que o denunciado não havia cometido o delito.

5.6. Consumação

Consuma-se o delito quando iniciada a investigação ou o processo. Não basta a notícia.

5.7. Tentativa

É possível. Ex.: "A" narra o fato, mas, por circunstâncias alheias à sua vontade, o processo não é instaurado.

PERGUNTA: Há arrependimento eficaz na denúncia caluniosa?

RESPOSTA: Sim. Ex.: indivíduo noticiou o delito, o Boletim de Ocorrência foi lavrado, mas, depois, arrependeu-se e contou a verdade antes que a investigação fosse iniciada – é arrependimento eficaz.

5.8. Diferença Entre Denúncia Caluniosa e Calúnia

Calúnia (art. 138 do CP) é a imputação falsa de um *crime*.

Denúncia caluniosa é a imputação de um *crime* ou de uma *contravenção*, que deve dar causa à instauração de investigação ou processo.

Na calúnia a intenção do agente é ofender a honra. Na denúncia caluniosa a intenção do agente é instaurar o procedimento.

Os dois crimes não irão existir conjuntamente: ou ocorrerá calúnia ou denúncia caluniosa, dependendo da intenção do agente.

6. COMUNICAÇÃO FALSA DE CRIME OU CONTRAÇÃO – ARTIGO 340 DO CÓDIGO PENAL

"Provocar a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime ou de contravenção que sabe não se ter verificado:

Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa."

A diferença entre denúncia caluniosa e comunicação falsa de crime está em que na denúncia caluniosa há imputação de crime a alguém, e na comunicação falsa não há imputação a alguém, pois apenas se comunica um fato.

Exemplo de comunicação falsa: "fui furtado".

Exemplo de denúncia caluniosa: "João me furtou".

6.1. Objetividade Jurídica

Resguardar a Administração Pública, a administração da justiça.

6.2. Sujeito Ativo

Qualquer pessoa.

6.3. Sujeito Passivo

O Estado, visto como Administração Pública.

6.4. Elementos Objetivos do Tipo

Provocar: dar causa, originar, ocasionar.

Ação da autoridade: investigação. Não basta a lavratura do Boletim de Ocorrência, devendo ser iniciada uma investigação.

Autoridade: delegado, juiz, promotor, policial etc. o conceito é bem amplo.

O crime é de forma livre, podendo ser cometido por escrito, verbalmente, por interposta pessoa etc.

6.5. Elemento Subjetivo do Tipo

Dolo direto, pois a lei exclui o dolo eventual ao usar o termo *que sabe*.

6.6. Consumação

Com o início da investigação.

Se apenas for lavrado o Boletim de Ocorrência, o crime foi tentado.

6.7. Tentativa

É possível. Pode não ocorrer a atuação da autoridade por circunstâncias alheias à vontade do agente.

6.8. Arrependimento Eficaz

É possível. Nesse caso, o fato será atípico.

PERGUNTA: Se uma pessoa narra falsamente um crime para esconder um crime que praticou por qual crime responde?

RESPOSTA: Pelos dois. Ex.: apropriação indébita e falsa comunicação.

PERGUNTA: Se a pessoa comunica falsamente um crime para conseguir realizar outro crime, por exemplo, falsa comunicação e estelionato, pelo que responde?

RESPOSTA: Há várias posições:

- o estelionato prevalece, pois o crime-fim absorve o crime-meio;
- concurso formal de delitos;
- concurso material.

MÓDULO XXIV

1. AUTO-ACUSAÇÃO FALSA – ARTIGO 341 DO CÓDIGO PENAL

“Acusar-se, perante a autoridade, de crime inexistente ou praticado por outrem:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, ou multa.”

Difere da denúncia caluniosa, na qual a imputação é à terceira pessoa.

1.1. Objetividade Jurídica

A administração da justiça.

1.2. Sujeito Ativo

Qualquer pessoa.

PERGUNTA: Pode haver co-autoria?

RESPOSTA: Sim, pois é diferente do falso testemunho, em que cada um pratica um crime. Exemplo: duas pessoas se acusam de crime praticado por outros dois indivíduos ou por crime inexistente.

PERGUNTA: Se o agente praticar o crime com outra pessoa, mas assumir o crime sozinho, praticou auto-acusação falsa?

RESPOSTA: Não. O crime existiu e ele foi autor.

1.3. Sujeito Passivo

O Estado, a coletividade.

1.4. Elementos Objetivos do Tipo

O núcleo é *acusar-se*, ou seja, apontar a si mesmo como autor do crime.

A auto-acusação falsa não é um crime de mão-própria; tem forma livre.

PERGUNTA: É necessário espontaneidade, ou a conduta pode ser provocada?

RESPOSTA: Não precisa de espontaneidade, basta que exista o dolo.

O tipo refere-se à autoridade no sentido amplo, ou seja, juiz, promotor, delegado, policial etc.

É necessário que a auto-acusação seja de crime, pois se for de contravenção o fato é atípico.

1.5. Elemento Subjetivo do Tipo

Basta o dolo.

1.6. Consumação

O crime consuma-se no momento em que a auto-acusação chegar ao conhecimento da autoridade.

Observação: na denúncia caluniosa não basta a comunicação; deve ser iniciada a investigação.

1.7. Tentativa

É possível, na forma escrita.

Nesse crime não cabe o arrependimento eficaz.

PERGUNTA: Se o agente se auto-acusa falsamente e inclui terceiro, responde pelo quê?

RESPOSTA: Concurso formal: o agente responderá por crime de auto-acusação falsa e por denúncia caluniosa.

2. FALSO TESTEMUNHO OU FALSA PERÍCIA – ARTIGO 342 DO CÓDIGO PENAL

“Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, como testemunha, perito, tradutor ou intérprete em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral”.

2.1. Objetividade Jurídica

A administração da justiça.

2.2. Sujeito Ativo

A testemunha, o perito, o tradutor e o intérprete. Trata-se de crime próprio.

Se a vítima mentir, não pratica o crime, assim como as partes também não praticam o falso testemunho.

PERGUNTA: Aqueles que não prestam compromisso (promessa de dizer a verdade) praticam falso testemunho?

RESPOSTA: Há divergência. A doutrina majoritária entende que sim. Fundamento: o compromisso não faz parte do tipo penal. Esse fala em testemunha, que pode ser compromissada ou não. O dever de dizer a verdade não decorre do compromisso. Todos têm o dever de dizer a verdade em Juízo. Para a doutrina minoritária, os que não prestam compromisso são informantes e não testemunhas; se não prestam compromisso, não têm o dever de dizer a verdade, já que esse dever decorre do compromisso. Por isso não há crime de falso testemunho.

A jurisprudência está dividida. O Supremo Tribunal Federal tem decidido que há crime de falso testemunho, mesmo que a pessoa não preste compromisso.

PERGUNTA: Proibidos de depor podem praticar falso testemunho?

RESPOSTA: Os proibidos de depor (art. 207 do CP), por exceção, podem depor. Eles devem ser desobrigados do sigilo pelo interessado. Eles têm de querer depor. Eles prestam compromisso; logo, praticam o crime de falso testemunho.

PERGUNTA: É possível concurso de agentes em crime de falso testemunho?

RESPOSTA: A co-autoria não é permitida, pois se trata de crime de mão própria. Com relação à participação, a doutrina majoritária afirma que não há participação em falso testemunho, porque o Código Penal tipificou uma forma de participação como crime autônomo no artigo 343 (suborno de testemunha ou perito). As demais formas de participação são indiferentes penais, fatos atípicos. Para a doutrina minoritária, o fato de a lei ter tipificado autonomamente uma conduta não significa que as demais são atípicas. Além disso, há o artigo 29 do Código Penal e, portanto, há participação no falso testemunho.

O Tribunal de Justiça de São Paulo acompanha a doutrina majoritária, não admitindo participação.

O Superior Tribunal de Justiça, majoritariamente, entende que é possível participação.

O Supremo Tribunal Federal não admite participação.

O falso testemunho só é considerado crime se o fato for juridicamente relevante.

O fato deve ter potencialidade lesiva.

A mera contradição entre depoimentos não configura crime de falso testemunho.

PERGUNTA: A testemunha que mente sobre a sua qualificação pratica falso testemunho?

RESPOSTA: Não. Pode configurar, no máximo, falsidade ideológica.

PERGUNTA: Se o juiz não levar em consideração o depoimento falso, existe o crime?

RESPOSTA: Sim, o que importa é a potencialidade lesiva.

Perito: pessoa que possui conhecimentos técnicos para, após exame, emitir parecer a respeito de questões relativas aos seus conhecimentos.

O tradutor e o intérprete também são peritos.

Tradutor é aquele que verte, ou seja, traduz para o idioma nacional texto em língua estrangeira.

Intérprete é aquele encarregado de fazer com que se entendam, quando necessário, a autoridade e alguma pessoa que não conhece o idioma nacional ou que está impossibilitada de falar.

“O tradutor e o intérprete diferenciam-se do perito comum, porque não são fontes de prova, limitando-se a fazer compreender o conteúdo de elementos produzidos para instrução e decisão do processo em causa.”⁸

2.3. Sujeito Passivo

O Estado e, secundariamente, aquele a quem o falso possa prejudicar.

2.4. Elementos Objetivos do Tipo

Fazer afirmação falsa: dizer, afirmar o que não corresponde com a verdade.

Negar a verdade: dizer que não sabe o que sabe, dizer que não viu o que viu etc.

Calar a verdade: silenciar a respeito do que sabe. O silêncio por si só, nesse caso, é crime.

Obs.: Não falar, para não se incriminar, não é crime (STF).

PERGUNTA: É possível falso testemunho sobre fato verdadeiro?

RESPOSTA: Há duas posições. Para a *teoria objetiva*, o falso testemunho é a não correspondência entre o que é dito, ou não dito, e o fato. O que importa é o fato. Então, para essa posição, não há crime. Para a *teoria subjetiva*, o falso testemunho é a falta de correspondência entre o que a pessoa sabe e o que ela diz. Para essa posição existe o crime, pois a pessoa não viu e disse que viu, ainda que o fato seja verdadeiro. Nosso Código Penal adotou a teoria subjetiva.

O falso testemunho pode se dar em processo judicial, policial, administrativo ou em juízo arbitral.

Obs.: processo judicial pode ser penal, civil, trabalhista. Quanto ao processo policial, a lei deveria ter dito inquérito policial.

Já a expressão processo administrativo tem dois sentidos:

- Amplo: o processo administrativo abrange todos os procedimentos administrativos (sindicância, inquérito civil).
- Restrito: é só procedimento administrativo.

Nesse caso, não há posição majoritária.

PERGUNTA: Existe falso testemunho em Comissão Parlamentar de Inquérito?

RESPOSTA: Sim. Baseado em lei própria (art. 4.º, inc. II, da Lei n. 1.579/52).

PERGUNTA: Se o processo onde foi praticado o falso testemunho for anulado, permanece o falso testemunho?

RESPOSTA: Posição majoritária: não existe o crime. O que é nulo não produz efeitos.

PERGUNTA: Pode ser proposta a ação por crime de falso testemunho antes de decidido o processo em que se deu o perjúrio?

RESPOSTA: Há várias posições a respeito:

- Não. Porque pode haver retratação até a sentença desse processo em que foi praticado o falso. Essa não é a posição majoritária.
- Sim. Pode ser proposta e até ser julgada antes porque os crimes são autônomos (ponto de vista penal).

⁸ GONÇALVES, Victor Eduardo. *Dos Crimes Contra os Costumes aos Crimes Contra a Administração Pública*. 4.ªed. São Paulo: Saraiva, 2001. (Série Sinopse, 10)

- A ação pode ser proposta, mas não pode ser julgada antes do processo onde o falso foi cometido, isso para evitar decisões conflitantes. Deve haver conexão e decisão única (ponto de vista processual).

Obs.: nem sempre haverá conexão. Ex.: falso testemunho em processo civil.

2.5. Elemento Subjetivo do Tipo

Basta o dolo. Não há necessidade de intenção especial.

2.6. Consumação

Com o encerramento do depoimento, ou seja, com a assinatura da testemunha.

No crime de falsa perícia, a consumação se dá com a *entrega* da perícia para ser anexada aos autos (não com a juntada).

2.7. Tentativa

Teoricamente é possível. Como, por exemplo, no caso de ocorrer um tumulto ou um incêndio antes do encerramento do depoimento.

Na falsa perícia também é possível a tentativa, como no caso de extravio.

2.8. Falso Testemunho Qualificado – Artigo 342, § 1.º

O falso testemunho qualificado ocorre quando a finalidade do delito for obter prova destinada a produzir efeitos no processo penal.

A prova não precisa ser feita no processo penal, basta a finalidade. Aqui há dolo específico (elemento subjetivo do tipo).

2.9. Causa de aumento de pena – Artigo 342, § 2.º

A pena é aumentada em 1/3 se o crime é praticado mediante suborno. Tanto faz se houve pagamento ou promessa de pagamento.

Aquele que suborna responde pelo crime do artigo 343.

Obs.: a doutrina observa que, se o perito for oficial (funcionário público), cometerá o crime de corrupção passiva (art. 317 do CP) e aquele que ofereceu ou prometeu a vantagem responderá por corrupção ativa (art. 333 do CP).

2.10. Retratação – Artigo 342, § 3.º

O fato deixa de ser punível se, antes de a sentença ser proferida (no processo em que o crime de falso testemunho foi praticado), o agente se retratar.

Retratação: desdizer, retirar o que disse. Mas isso não basta, pois o agente tem que restaurar a verdade. É causa de extinção da punibilidade (art. 107, inc. VI, do CP).

Declaração da verdade: no caso em que o agente se calou ou negou a verdade.

3. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO – ARTIGO 344

“Usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.”

3.1. Objetividade Jurídica

A administração da justiça.

3.2. Sujeito Ativo

O indivíduo contra quem foi instaurado o procedimento ou terceiro que vise o benefício daquele.

3.3. Sujeito Passivo

O Estado e, em segundo plano, aquele que sofre a coação.

Obs.: cabe ressaltar que, apesar do nome “coação no curso do processo”, o crime também estará configurado se a violência ou grave ameaça for utilizada no curso do inquérito policial, de procedimento administrativo ou de procedimento em juízo arbitral.

3.4. Elemento Subjetivo do Tipo

O dolo de favorecer interesse próprio ou alheio.

3.5. Consumação

O delito se consuma no momento do emprego da violência ou grave ameaça, independentemente do êxito, do fim visado pelo agente. Trata-se de crime formal.

3.6. Tentativa

É possível.

4. EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES – ARTIGO 345 DO CÓDIGO PENAL

“Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.”

O que se pune é a conduta tendente à satisfação de pretensão, no sentido técnico, ou seja, direito que o agente supõe ter e que pode ser levado a Juízo.

A pretensão pode ser legítima ou não, é irrelevante.

PERGUNTA: Se a pretensão for ilegítima, podemos ter esse crime?

RESPOSTA: Sim. Mas o agente precisa supor que é legítima.

Fazer justiça com as próprias mãos é conduta de forma livre.

Se o delito for praticado com violência, haverá concurso material de crimes.

PERGUNTA: A pessoa pode defender direito de terceiro para caracterizar o crime, ou a pretensão tem que ser própria?

RESPOSTA: Pode existir o crime por direito de terceiro, desde que o agente atue como representante, mandatário desse terceiro.

Elemento subjetivo do tipo: dolo genérico e dolo específico – “para satisfazer pretensão”.

Elemento normativo do tipo: “salvo quando a lei o permite”.

Obs.: o parágrafo único do artigo 345 do Código Penal estabelece que, se não houver emprego de violência, a ação será privada.

5. FAVORECIMENTO REAL E PESSOAL

Favorecimento pessoal é o auxílio ao autor do crime para que se subtraia da ação da autoridade. A conduta é voltada para o autor de crime.

Favorecimento real é a conduta destinada a tornar seguro o proveito do crime. Ex.: "A" mata "B" e pede para "C" esconder a arma. "C", neste caso, praticou o crime de favorecimento pessoal, pois a arma é instrumento e não proveito do crime.

5.1. Distinções

- Favorecimento pessoal e concurso de agentes:

O co-autor ou partícipe não pratica o favorecimento.

Quando o liame for anterior ou concomitante ao fato, não há favorecimento, mas sim concurso de agentes. O favorecimento, por ser posterior, é independente do crime.

- Favorecimento real e receptação:

Na receptação o agente atua com intento de lucro, para si ou para outrem (que não o autor do crime antecedente).

O favorecimento real é a conduta de quem quer tornar seguro o proveito do crime para o outro. Se houver trato anterior, o agente responde por receptação. Na dúvida, o agente responde pela receptação.

Para que se configure o favorecimento real ou o favorecimento pessoal, há dependência de que haja crime anterior.

Se o agente do crime anterior for absolvido, não se pode mais falar em favorecimento pessoal. Mas continuará havendo favorecimento real, porque para isso basta que haja um crime anterior.

5.2. Consumação

Favorecimento pessoal: se o agente conseguir subtrair-se da ação da autoridade, ainda que por poucos instantes.

Favorecimento real: consuma-se com o auxílio, ainda que não torne seguro o proveito do crime.

5.3. Tentativa

É possível.

ERRATA

DIREITO PENAL

MÓDULO I

Favor desconsiderar o último parágrafo do item **6. ART. 10 DO CP** e substituir pelo a seguir:

- *Prazos de Direito Material (art. 10 do CP)*: Na sua contagem, computa-se o dia do começo como o primeiro dia, excluindo-se, por consequência, o dia do final; não se prorroga quando termina em domingo ou feriado (o sábado é considerado feriado), ou seja, não segue até o dia útil subsequente. São prazos considerados "fatais"; entretanto, são prazos sujeitos à suspensão e interrupção.

MÓDULO III

No item **1.3.1. Teoria da equivalência dos antecedentes**, o terceiro parágrafo foi reformulado, recebendo a seguinte redação:

“O critério da eliminação hipotética pode ser chamado como o critério do “finja que não ocorreu”, ou seja, se o desaparecimento da causa fizer com que desapareça o resultado, significa que a causa provocou o resultado.”

MÓDULO V

Favor desconsiderar o item **4.1.3. Teoria pluralística** e substituir pelo a seguir:

4.1.3. Teoria pluralística

Conforme expõe o Prof. Damásio de Jesus⁹, “Segundo esta doutrina, no concurso de pessoas não ocorre apenas pluralidade de pessoas, mas também de crimes. A cada um dos participantes corresponde uma conduta própria, um elemento psicológico próprio, um resultado próprio, devendo-se, pois, concluir que cada um responde por delito próprio. Há pluralidade de agentes e pluralidade de crimes. Considera cada um dos participantes como responsável por um delito próprio e punível em harmonia com seu significado anti-social. É uma teoria subjetiva, ao contrário da unitária, que é objetiva”. Foi a teoria adotada como exceção pelo Código Penal brasileiro (art. 29, § 2.º).

MÓDULO VI

No item **2.2.3. Hipóteses de cabimento da legítima defesa**, com relação à pergunta “Cabe legítima defesa real contra legítima defesa subjetiva?”, a resposta correta é a seguinte:

RESPOSTA: Em tese, caberia, visto que, a partir da continuidade da agressão, a vítima torna-se agressora. Para a jurisprudência, entretanto, não é aceita, porque não pode invocar a legítima defesa quem iniciou a agressão.

⁹ *Direito Penal*, 24.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2001, vol. 1, p. 412. 1/1

MÓDULO I - LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

Drogas

Leis n. 6.368/76 e n. 10.409/2002

1. INTRODUÇÃO

Após longa tramitação legislativa, o Congresso Nacional finalizou o Projeto de Lei n. 1.873, de 1991 (n. 105/96 no Senado Federal), dispondo sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas que causem dependência física ou psíquica. Enviado o Projeto à sanção, decidiu o Exmo. Sr. Presidente da República vetar grande parte dos seus dispositivos, entre eles o art. 59 que revogava expressamente a Lei n. 6.368/76. Conseqüentemente, incumbirá ao operador do Direito a tarefa de comparar os dois textos legais, aplicando a Lei de Introdução ao Código Civil para identificar quais são os dispositivos da Lei n. 6.368/76 que continuam em vigor: "A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior" (art. 2.º, § 1.º, do Decreto-Lei n. 4.657/42). De imediato, ressalta-se que não há infrações penais previstas na Lei n. 10.409/2002. Todos os artigos que compunham o Capítulo III do Projeto n. 1.873/91 foram vetados. Assim sendo, continuam em vigor, entre outros, os arts. 12 a 17, que definem as figuras típicas penais. Iniciaremos, pois, o aludido trabalho comparativo entre as Leis ns. 6.368/76 e 10.409/2002. Antes de darmos início a essa tarefa, porém, abordaremos as finalidades por elas visadas.

2. FINALIDADES DA LEGISLAÇÃO PENAL CONTRA AS DROGAS QUE CAUSAM DEPENDÊNCIA

O uso de drogas sempre fez parte do cotidiano das sociedades. Richard Bucher, psicanalista, doutor em Psicologia pela Universidade Católica de Lovaina, Bélgica, enfatiza que "em todas as sociedades sempre existiram drogas, utilizadas com fins religiosos ou culturais, curativos, relaxantes ou simplesmente prazerosos. Graças às suas propriedades farmacológicas, certas substâncias naturais propiciam modificações das sensações, do humor e das percepções. Na verdade, o homem desde sempre tenta modificar suas percepções e sensações, bem como a relação consigo mesmo e com seus meios naturais e sociais. Recorrer a drogas psicoativas representa uma das inúmeras maneiras de atingir este objetivo, presente na história de todos os povos, no mundo inteiro. Antigamente, tais usos eram determinados pelos costumes e hábitos sociais, e ajudaram a integrar pessoas na comunidade, através de cerimônias coletivas, rituais e festas. Nessas circunstâncias, consumir drogas não representava perigo para a comunidade, pois estava sob seu controle. Hoje em dia, ao contrário, assiste-se a um desregulamento destes costumes, em consequência das grandes mudanças sociais e econômicas" (*Drogas: o que é preciso saber para prevenir*, 4.ª ed., São Paulo, Imprensa Oficial, 1994, p. 10).

O Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas (Cebrid), da Escola Paulista de Medicina, conforme nos indica Richard Bucher, dispõe de dados amplos e fidedignos sobre a situação do consumo de drogas no Brasil. É desconcertante averiguar que o alcoolismo (uso crônico do álcool) atinge de 3 a 10% da população brasileira! O que dizer então do crescente uso de solventes, ansiolíticos, anfetaminas e *Cannabis sativa* (a popular maconha), entre nossos estudantes de 1.º e 2.º graus, conforme já comprovava pesquisa realizada pelo Cebrid em 17 cidades brasileiras, em 1989? Passados mais de 12 anos, não é difícil imaginar a grave situação atual, devido a grande penetração do *crack* e mesmo da cocaína entre os nossos jovens. Tal fenômeno não se circunscreve às capitais brasileiras e suas regiões metropolitanas. O tráfico e o uso ilegais de drogas avançaram sobre pequenas cidades do interior, alvos débeis para a ação da criminalidade organizada.

Tal quadro, aliado aos níveis assustadores de violência urbana, certamente merece a atenção e o trabalho de toda a sociedade. A tarefa reservada aos educadores, informando e conscientizando a juventude, é fundamental. Ao Direito Penal, por sua vez, também está reservada importante tarefa. Como meio de controle social que é, cabe à legislação penal prover o Estado dos meios necessários à prevenção e à repressão do tráfico e do uso ilícitos de drogas. Mais do que em outras épocas, exige-se do Direito Penal a concretização de seu papel repressivo ao tráfico de drogas. Em relação ao usuário há, por um lado, pelo

menos, o consenso de que deva ser objeto de um intenso trabalho de prevenção, mais do que de repressão. Ao dependente, por outro lado, coloca-se à disposição a rede pública para que lhe seja oferecido o cuidado terapêutico do qual necessita. Os desafios a superar são imensos e serão, certamente, vencidos com o trabalho sério e constante da sociedade e das autoridades.

3. CLASSIFICAÇÃO DAS DROGAS QUE PROVOCAM DEPENDÊNCIA

Segundo estudo de José Elias Murad, farmacologista, publicado na *Revista do IMESC*, em 1982, é possível dividir as drogas que provocam dependência em dois grandes grupos. No primeiro grupo estão os narcóticos ou *entorpecentes* ou estupefacientes, cujas propriedades farmacológicas são o combate à dor (analgésicos) e a indução ao sono (hipnóticos). Segundo a clássica definição de Di Mattei, entorpecente é um veneno que age eletivamente sobre o córtex cerebral, suscetível de promover agradável euforia, de ser ingerido em doses crescentes sem determinar envenenamento agudo ou morte, mas capaz de gerar estado de necessidade tóxica, graves e perigosos distúrbios de abstinência, alterações somáticas e psíquicas, profundas e progressivas¹⁰.

Os psicotrópicos integram o segundo grupo. Como o termo é bastante amplo, busca-se restringi-lo às drogas que ensejam ações peculiares sobre o sistema nervoso central. Segundo Murad, nesse grupo devem ser incluídas as drogas que têm a capacidade de modificar o comportamento e a atividade psíquica do indivíduo. Porém, nem todos os psicotrópicos provocam dependência. Em síntese, a dependência é a sujeição do indivíduo às drogas, exposta pela necessidade física e/ou psíquica de ingeri-las.

Segundo a classificação formulada por Delay e Deniker, citada por Murad, os psicotrópicos dividem-se em três grandes grupos: psicolépticos, psicoanalépticos e psicodislépticos.

Os psicolépticos são drogas que reduzem a atividade mental, podendo ser destacados os hipnóticos e os tranqüilizantes ou ansiolíticos. Os psicoanalépticos são os estimulantes psíquicos. Entre eles temos as anfetaminas, que têm ação oposta à dos barbitúricos, eliminando a fadiga e o sono. Os psicodislépticos são drogas que distorcem a atividade mental. São os conhecidos alucinógenos, responsáveis pela produção de delírios e alucinações. Estão entre eles, por exemplo, a *Cannabis sativa*, a mescalina (alucinógeno forte extraído de um cacto mexicano) e o LSD 25 (di-etilamida do ácido lisérgico), produto semi-sintético obtido a partir do esporão do centeio.

4. APRECIÇÃO PRELIMINAR DA LEI N. 10.409/2002

O exame dos Capítulos I e II da Lei n. 10.409/2002 evidencia a relevância dada à educação e à participação da sociedade no combate ao uso e ao tráfico de drogas. Já ao tempo da Lei n. 6.368/76, advertia João de Deus Lacerda Menna Barreto, membro da comissão nomeada pelo Ministério da Justiça para os estudos que serviram de base ao respectivo projeto de lei, que o objetivo era, essencialmente, prevenir e, acidentalmente, punir. A entrada em vigor da Lei n. 10.409/2002 não alterou, evidentemente, essa ordem de prioridades. Como anunciamos no início desse trabalho, a Lei n. 10.409/2002 não revogou expressamente a Lei n. 6.368/76. A opção do Presidente da República pelo veto parcial de dispositivos da Lei nova ensejou a necessidade de se verificar, caso a caso, se houve revogação ou a coexistência de dispositivos legais, com o nascimento de uma verdadeira "simbiose legal". No campo da prevenção, do tratamento e das disposições gerais, as Leis n. 6.368/76 e n. 10.409/2002 se complementam.

5. LEI N. 10.409/2002 – DISPOSIÇÕES GERAIS

Previstas no Capítulo I, tais disposições enfatizam, notadamente, o dever de colaboração das pessoas físicas ou jurídicas na prevenção da produção, do tráfico ou do uso indevidos de drogas que causem dependência física ou psíquica. Tal como ocorria na Lei n. 6.368/76, a Lei n. 10.409/2002 aborda o tema logo nos primeiros dispositivos. Essa prévia abordagem demonstra a importância dada à colaboração de todos, pessoas físicas e jurídicas, para a prevenção da produção, do tráfico ou do uso indevidos de drogas que causem dependência física ou psíquica.

¹⁰ GREGO FILHO, Vicente. *Tóxicos: Prevenção e Repressão*. 11.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

5.1. Prevenção

5.1.1. Dever de prevenção

Dispõe o art. 2.º da Lei n. 10.409/2002:

“É dever de todas as pessoas, físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras com domicílio ou sede no País, colaborar na prevenção da produção, do tráfico ou uso indevidos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica”.

Expressa-se no art. 2.º o dever imposto às pessoas físicas e jurídicas, deixando em aberto a forma de cooperação na prevenção da produção, do tráfico ou do uso indevidos de drogas que determinem dependência física ou psíquica.

Dever de colaboração

Lei n. 6.368/76	Lei n. 10.409/2002
É dever de toda pessoa física ou jurídica colaborar na prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica (art. 1.º, caput).	É dever de todas as pessoas, físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras com domicílio ou sede no País, colaborar na prevenção da produção, do tráfico ou do uso indevidos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica (art. 2.º, caput).

Segundo o art. 10, *caput*, da Lei n. 10.409/2002, aos dirigentes de estabelecimentos ou entidades das áreas de ensino, saúde, justiça, militar e policial, ou de entidade social, religiosa, cultural, recreativa, desportiva, beneficente e representativas da mídia, das comunidades terapêuticas, dos serviços nacionais profissionalizantes, das associações assistenciais, das instituições financeiras, dos clubes de serviço e dos movimentos comunitários organizados caberá adotar, no âmbito de suas responsabilidades, *todas as medidas necessárias* à prevenção ao tráfico e ao uso de produtos, substâncias ou drogas que causem dependência física ou psíquica. O § 1.º do art. 10, por sua vez, dispõe que as pessoas jurídicas e as instituições e entidades públicas ou privadas *implementarão programas que assegurem a prevenção* ao tráfico e uso de produtos, substâncias ou drogas que causem dependência física ou psíquica em seus respectivos locais de trabalho, incluindo campanhas e ações preventivas dirigidas a funcionários e seus familiares.

Quais seriam as medidas ou os programas de prevenção aludidos no art. 10? Um rol exemplificativo foi inserido no § 2.º do art.10. São medidas de prevenção as que visem, entre outros objetivos, os seguintes: 1.º) incentivar atividades esportivas, artísticas e culturais; 2.º) promover debates de questões ligadas à saúde, cidadania e ética; 3.º) manter nos estabelecimentos de ensino serviços de apoio, orientação e supervisão de professores e alunos; 4.º) manter nos hospitais atividades de recuperação de dependentes e de orientação de seus familiares. É também medida de prevenção a orientação escolar nos três níveis de ensino (art. 4.º, parágrafo único).

Não há na nova Lei, diversamente do que ocorria com a anterior (art. 4.º, par. ún., da Lei n. 6.368/76), a alusão a sanções penais ou administrativas em relação aos dirigentes supracitados que não adotem medidas de prevenção. À época da legislação revogada, a doutrina manifestava sua perplexidade diante da previsão dessas sanções. No campo penal, notava-se a completa impropriedade do dispositivo, decorrente da ausência de descrição da conduta típica. De qualquer forma, os referidos dirigentes dos estabelecimentos apontados no art. 10 poderão, no entanto, responder penalmente, desde que se comprove que concorreram para a prática dos crimes definidos da Lei n. 6.368/76.

Para as pessoas jurídicas, a não colaboração, *desde que injustificada*, implica a imediata suspensão ou indeferimento de auxílios ou subvenções, ou autorização de funcionamento, pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, e suas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, sob pena de responsabilidade da autoridade concedente (art. 2.º, § 1.º, da Lei n. 10.409/2002). A Lei nova distingue-se da anterior (art. 1.º, par. ún., da Lei n. 6.368/76) porque não deixa “a juízo do órgão ou poder competente” a decisão de impor ou não as sanções previstas às pessoas jurídicas. Ao contrário, determina-as, de imediato, sob pena de responsabilidade da autoridade concedente.

Para as pessoas físicas que não colaborarem manteve-se a não-previsão de qualquer sanção. A exortação legal a elas endereçada continua sendo exclusivamente social ou moral. Como adverte Vicente Greco Filho, a ausência de sanção transforma a norma de imperativa em exortativa.

Dever de colaboração - Sanções

Lei n. 6.368/76	Lei n. 10.409/2002
As pessoas jurídicas que, quando solicitadas, não prestarem colaboração nos planos governamentais de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica perderão, a juízo do órgão ou do poder competente, auxílios ou subvenções que venham recebendo da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e Municípios, bem como de suas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações (art. 1.º, parágrafo único).	A pessoa jurídica que, injustificadamente, negar-se a colaborar com os preceitos desta Lei, terá imediatamente suspensos ou indeferidos auxílios ou subvenções, ou autorização de funcionamento, pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, e suas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, sob pena de responsabilidade da autoridade concedente (art. 2.º, § 1.º).

A Lei n. 10.409/2002 nos proporcionou uma novidade! O § 2.º do art. 2.º concedeu ao Poder Público a tarefa de criação de estímulos fiscais ou quaisquer outros, destinados às pessoas físicas ou jurídicas que colaborarem na prevenção da produção, do tráfico e do uso de drogas que causem dependência física ou psíquica. Observa-se que a Lei n. 10.409/2002 impôs um dever ao Poder Público, qual seja, o de criar estímulos fiscais e outros, o que dependerá de norma regulamentadora.

Dever de colaboração - Estímulos

Lei n. 6.368/76	Lei n. 10.409/2002
Não há dispositivo sobre o tema.	A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão estímulos fiscais e outros, destinados às pessoas físicas ou jurídicas que colaborarem na prevenção da produção, do tráfico e do uso de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica (art. 2.º, § 2.º).

Programas para prevenção – Pessoas jurídicas

Lei n. 6.368/76	Lei n. 10.409/2002
	As pessoas jurídicas e as instituições e entidades, públicas ou privadas, implementarão programas que assegurem a prevenção ao tráfico e ao uso de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica em seus respectivos locais de trabalho, incluindo campanhas e ações preventivas dirigidas a funcionários e seus familiares (art. 10, § 1.º).

5.1.2. Convênios

Entre os instrumentos de prevenção podemos citar, ainda, nos termos do art. 4.º da Lei n. 10.409/2002, a possibilidade de a União celebrar convênio com os Estados, com o Distrito Federal, com os Municípios e com entidades públicas ou privadas, além de organismos estrangeiros, visando à prevenção, ao tratamento, à fiscalização, ao controle, à repressão ao tráfico e ao uso indevidos de drogas que causem dependência. O novo dispositivo, mais abrangente do que o art. 7.º da Lei n. 6.368/76, amplia as opções de convênio significativamente, permitindo, até mesmo, a colaboração de organismos estrangeiros.

5.1.3. O uso da informação

A eficiência no controle da produção, do tráfico e do uso ilegais de drogas que causem dependência exige informação. Sem ela há dispersão de esforços e resultados ineficazes. Por isso, a Lei n. 10.409/2002, no art. 5.º, determinou que as autoridades sanitárias, judiciárias, policiais e alfandegárias organizarão e manterão estatísticas, registros e quaisquer outras informações que decorram de suas atividades relacionadas com a prevenção, a fiscalização, o controle e a repressão. Essas informações serão remetidas à Secretaria Nacional Antidrogas (SENAD) e aos Conselhos Estaduais (CONEN) e Municipais de Entorpecentes (COMENS).

5.1.4. Inspeções sanitárias

Também faz parte do trabalho de prevenção a inspeção em empresas industriais e comerciais, em estabelecimentos hospitalares, de pesquisa, de ensino, ou congêneres, assim como nos serviços médicos e farmacêuticos que produzirem, venderem, comprarem, consumirem, prescreverem ou fornecerem drogas que possam causar dependência física ou psíquica. Nos termos do art. 6.º da Lei n. 10.409/2002, a Secretaria Nacional Antidrogas – SENAD, o Ministério Público, os órgãos de defesa do consumidor e as autoridades policiais podem requisitar a inspeção ora aludida às autoridades sanitárias.

5.1.5. Plantio, cultivo, colheita e exploração de vegetais

Outra faceta do trabalho de prevenção diz respeito ao controle disciplinado no art. 8.º da Lei n. 10.409/2002, que deve ser exercido pelo Estado, em relação ao plantio, à cultura, à colheita e à exploração de vegetais dos quais possam ser extraídas drogas que causem dependência física ou psíquica. Reiterando, praticamente, o disposto no art. 2.º da Lei n. 6.368/76, a nova Lei proíbe as atividades supracitadas em todo o território nacional, excetuados o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais em questão, para fins medicinais ou científicos, mediante autorização e fiscalização (art. 8.º, § 1.º). A Lei n. 6.368/76 vedava o plantio, a cultura e a colheita, expressamente, aos particulares. A Lei n. 10.409/2002, entretanto, não distingue: quer as pessoas físicas, quer as jurídicas, podem ser autorizadas à prática dos comportamentos previstos no art. 8.º. Quanto ao plantio, a nova norma legal exige que o local deverá ser predeterminado e a concessão da autorização incumbe ao Ministério da Saúde:

“São proibidos em todo o território nacional, o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de todos os vegetais e substratos, alterados na condição original, dos quais possam ser extraídos produtos, substâncias ou drogas ilícitas, que causem dependência física ou psíquica, especificados pelo órgão competente do Ministério da Saúde.

§ 1.º O Ministério da Saúde pode autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no *caput*, em local predeterminado, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, sujeitos à fiscalização e à cassação da autorização, a qualquer tempo, pelo mesmo órgão daquele Ministério que a tenha concedido, ou por outro de maior hierarquia”.

Frisa-se que as plantações ilegais devem ser destruídas pelas autoridades policiais, mediante prévia autorização judicial, ouvido o Ministério Público e a Secretaria Nacional Antidrogas (art. 8.º, § 2.º). A Lei n. 8.257/91 previu e regulamentou a expropriação de glebas utilizadas em culturas ilegais de plantas psicotrópicas, sem qualquer indenização ao proprietário e sem o prejuízo das sanções penais decorrentes desse comportamento. Essas glebas serão destinadas ao assentamento de colonos para o cultivo de produtos alimentícios ou medicamentosos (art. 1.º da Lei n. 8.257/91).

Proibição de plantio de vegetais

Lei n. 6.368/76	Lei n. 10.409/2002
Ficam proibidos, em todo o território brasileiro, o plantio, a cultura, a colheita e a exploração, por particulares, de todas as plantas das quais possa ser extraída substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica (art. 2.º, <i>caput</i>).	São proibidos, em todo o território nacional, o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de todos os vegetais e substratos, alterados na condição original, dos quais possam ser extraídos produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, especificados pelo órgão competente do Ministério da Saúde (art. 8.º).

Cultura para fins medicinais ou científicos

Lei n. 6.368/76	Lei n. 10.409/2002
A cultura dessas plantas com fins terapêuticos ou científicos só será permitida mediante prévia autorização das autoridades competentes (art. 2.º, § 2.º).	O Ministério da Saúde pode autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput, em local predeterminado, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, sujeitos à fiscalização e à cassação da autorização, a qualquer tempo, pelo mesmo órgão daquele Ministério que a tenha concedido, ou por outro de maior hierarquia (art. 8.º, § 1.º).

5.2. Tratamento

Os artigos 11 a 13 da Lei n. 10.409/2002 (Capítulo II da Lei Antitóxicos) ocupam-se do dependente e do usuário de drogas. Quanto ao dependente, tenha ou não praticado infração penal, impõe-se ao Estado a obrigação de prestar-lhe atendimento médico.

O tratamento continua sendo regido também pelo disposto nos arts. 9.º e 10 da Lei n. 6.368/76, isto é, as redes de serviços de saúde dos Estados e do Distrito Federal contarão, sempre que necessário e possível, com estabelecimentos próprios para o tratamento de dependentes de substâncias entorpecentes ou que causem dependência física ou psíquica. Enquanto tais estabelecimentos não forem criados, serão adaptados os já existentes. Quanto ao tratamento em regime de internação, ele só será obrigatório:

Art. 10 da Lei n. 6.368/76:

“O tratamento sob regime de internação hospitalar será obrigatório quando o quadro clínico do dependente ou a natureza de suas manifestações psicopatológicas assim o exigirem.

§ 1.º Quando verificada a desnecessidade de internação, o dependente será submetido a tratamento em regime extra-hospitalar, com assistência do serviço social competente”.

Nos termos do art. 12, § 1.º, da Lei n. 10.409/2002, o tratamento do dependente ou do usuário (*sic*), será feito de forma multiprofissional e, sempre que possível, com a assistência da família.

Os estabelecimentos que receberem dependentes para tratamento deverão encaminhar ao Conselho Nacional Antidrogas (CONAD), até o dia 10 de cada mês, mapa estatístico dos casos atendidos, com a indicação do código da doença, segundo a classificação aprovada pela Organização Mundial da Saúde, vedada menção ao nome do paciente (art. 12, § 4.º, da Lei n. 10.409/2002). As instituições hospitalares e ambulatoriais comunicarão à Secretaria Nacional Antidrogas (SENAD) os óbitos decorrentes do uso de drogas que causem dependência física ou psíquica (art. 13).

Tratamento

Lei n. 6.368/76	Lei n. 10.409/2002
As redes dos serviços de saúde dos Estados, Territórios e Distrito Federal contarão, sempre que necessário e possível, com estabelecimentos próprios para tratamento dos dependentes de substâncias a que se refere a presente Lei (art. 9.º, caput). Enquanto não se criarem os estabelecimentos referidos neste artigo, serão adaptados, na rede já existente, unidades para aquela finalidade (art. 9.º, § 1.º). O Ministério da Previdência e Assistência Social providenciará no sentido de que as normas previstas neste artigo e seu § 1.º sejam também observadas pela sua rede de serviços de saúde (art. 9.º, § 2.º).	O tratamento do dependente ou do usuário será feito de forma multiprofissional e, sempre que possível, com a assistência da família (art. 12, § 1.º).
O tratamento, sob regime de internação hospitalar, será obrigatório quando o quadro clínico do dependente ou a natureza de suas manifestações psicopatológicas assim o exigirem (art. 10, caput). Quando verificada a desnecessidade de internação, o dependente será submetido a tratamento em regime extra-hospitalar, com a assistência do serviço social competente (art. 10, § 1.º).	

Cuidando-se de dependente que não praticou infração penal, como interná-lo, caso seja essa medida extrema a saída para a sua possível libertação do jugo das drogas? A solução apontada por Vicente Greco Filho estaria na aplicação ao art. 29 do Decreto-Lei n. 891/38. Esse dispositivo dá ao Ministério Público a possibilidade de requerer ao juiz a internação do toxicômano, tal como o faz nos casos de loucura furiosa, devendo provar a *necessidade* do regime de internação. A conclusão da perícia médica, que indicará a melhor forma de tratamento, sem caráter vinculativo, orientará a decisão judicial.

Segundo o disposto no parágrafo único do art. 19 da Lei n. 6.368/76, o réu semi-imputável deverá cumprir a sanção penal que lhe for imposta, ainda que reduzida pelo juiz. Cumpre ressaltar que o atendimento multiprofissional a que faz jus ser-lhe-á ministrado no estabelecimento prisional em que se encontrar. Nos termos do art. 11 da Lei n. 6.368/76:

“Ao dependente que, em razão da prática de qualquer infração penal, for imposta pena privativa de liberdade ou medida de segurança detentiva, será dispensado tratamento em ambulatório interno do sistema penitenciário onde estiver cumprindo a sanção respectiva”.

O disposto no artigo acima transcrito é aplicado aos condenados dependentes presos, inclusive aos semi-imputáveis por dependência de drogas. A estes últimos impõe-se, sem possibilidade de conversão em tratamento, a pena privativa de liberdade. Como o Estado tem o dever de submetê-los a tratamento, a solução será oferecê-lo no ambulatório interno do estabelecimento carcerário.

Ao inimputável é obrigatória a absolvição, aplicando-se o tratamento previsto no art. 29 da Lei n. 6.368/76.

MÓDULO II

Drogas - Lei n. 6.368/76

1. DOS CRIMES E DAS PENAS

As modificações introduzidas pela Lei n. 10.409/2002 não atingiram as infrações penais descritas nos arts. 12 e ss. da Lei n. 6.368/76. A razão da não- revogação dos referidos dispositivos decorre do veto de todas as normas definidas no Capítulo III da nova Lei, que definia os crimes e as penas, pelo Exmo. Sr. Presidente da República.

1.1. Artigo 12

Art. 12 - Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1.º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

I - importa ou exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada a preparação de substância que determine dependência física ou psíquica.

§ 2.º Nas mesmas penas incorre, ainda, quem:

I - induz, instiga ou auxilia alguém a usar entorpecentes ou substância que determine dependência física ou psíquica;

II - utiliza local de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecentes ou de substância que determine dependência física ou psíquica;

III - contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de entorpecente ou de substância entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

1.2. Núcleos do Art. 12, *caput*

O *caput* do art. 12 da Lei n. 6.368/76 possui 18 núcleos, a saber:

1.º) *Importar*: é proporcionar o ingresso irregular de substância entorpecente no Brasil. Cuida-se de crime da competência da Justiça Federal, porquanto se trata de tráfico internacional. Consuma-se no momento em que a substância entra no território brasileiro, por via aérea, marítima ou terrestre, indevidamente. Não se aplica o art. 334 do Código Penal (contrabando ou descaminho) em razão do princípio da especialidade. Há incidência da causa de aumento prevista no inciso I do art. 18 da Lei n. 6.368/76 ("tráfico com o exterior").

2.º) *Exportar*: consiste na remessa de substância entorpecente para fora do território nacional por via aérea, marítima ou terrestre. Como enfatiza Vicente Greco Filho, o comportamento típico atende recomendação da Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961, que vê no controle das exportações fator decisivo na repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes. Também configura o denominado tráfico internacional, sendo da Justiça Federal a apuração e o julgamento do comportamento em estudo. Incide, também, a causa de aumento prevista no inciso I do art. 18 da Lei n. 6.368/76 ("tráfico com o exterior"). Não se aplica o art. 334 do Código Penal, em decorrência do princípio da especialidade.

3.º) *Remeter*: significa enviar, encaminhar substância entorpecente para alguém, dentro do país, podendo fazê-lo, inclusive, por via postal.

4.º) *Preparar*: consiste em combinar substâncias inócuas, isto é, inaptas para causar dependência física ou psíquica, dando origem a outra que é entorpecente.

5.º) *Produzir*: criar. Exige-se maior capacidade criativa, ultrapassando a mera combinação de substâncias. Citamos, como exemplo, a indústria extrativa.

- 6.º) *Fabricar*: reserva-se o núcleo quando houver o emprego de meios industriais para a obtenção de substâncias entorpecentes.
- 7.º) *Adquirir*: obter a posse ou a propriedade da substância entorpecente a título oneroso ou gratuito, normalmente com a contraprestação em dinheiro, com a intenção diversa do uso próprio. Sendo essa a intenção do agente, o enquadramento legal será feito no art. 16 da Lei n. 6.368/76.
- 8.º) *Vender*: disposição da droga, mediante pagamento em dinheiro ou outro bem que apresente valor econômico.
- 9.º) *Expor à venda*: exhibir para a venda; mostrar a substância entorpecente para interessados na aquisição.
- 10.º) *Oferecer*: apresentar, ofertar, a substância entorpecente a eventuais compradores.
- 11.º) *Fornecer, ainda que gratuitamente*: prover, proporcionar, dar. Para parte da doutrina o comportamento exigiria a entrega continuada de substância entorpecente a outrem, diferenciando-se da simples entrega ou venda.
- 12.º) *Ter em depósito*: para Nelson Hungria ou Magalhães Noronha, ter em depósito é conservar a droga à sua disposição, enquanto o guardar consistiria na retenção da substância em nome de terceiro. Vicente Greco Filho, no entanto, entende que ambos os verbos têm o mesmo significado, ou seja, o de reter. Ter em depósito, para o mencionado professor, “tem um sentido de provisoriedade e mobilidade do depósito, ao passo que o guardar não sugere essas circunstâncias, compreendendo a ocultação pura e simples, permanente ou precária. O último é mais genérico em relação ao primeiro”.
- 13.º) *Transportar*: trata-se do deslocamento da droga com a utilização de um meio de transporte. Difere do núcleo “trazer consigo” porque, nessa ação, a substância entorpecente é deslocada junto ao corpo ou dentro do próprio corpo do agente.
- 14.º) *Trazar consigo*: modalidade de transporte, na qual a substância entorpecente é conduzida pessoalmente pelo agente, junto ao seu corpo ou inserida dentro dele.
- 15.º) *Guardar*: conforme já assinalamos na abordagem do núcleo “ter em depósito”, há controvérsia sobre o preciso sentido desse comportamento.
- 16.º) *Prescrever*: trata-se de comportamento que só pode ser praticado por médicos ou dentistas, profissionais autorizados a receitar substâncias entorpecentes. É, portanto, crime próprio (exige qualidade especial do sujeito ativo) e doloso, pois pressupõe que o paciente não necessite da droga para tratamento. Se uma pessoa, que não seja médico ou dentista, falsificar uma receita, entendemos que responderá por auxílio, previsto no inciso I do § 2.º do art. 12. Há modalidade culposa prevista no art. 15 da Lei n. 6.368/76, que se aperfeiçoa com a prescrição em dose evidentemente maior que a necessária, ou seja, receita cuja dosagem da droga exceda, em muito, àquela recomendada pela terapêutica.
- 17.º) *Ministrar*: introduzir substância entorpecente no organismo alheio por meio de inalação, ingestão ou injeção. Pode ser praticado por qualquer pessoa, mediante pagamento ou gratuitamente.
- 18.º) *Entregar de qualquer forma a consumo*: é o último dos núcleos, considerada a ordem estabelecida no art. 12, *caput*. O legislador inseriu a fórmula genérica visando evitar que o comportamento que não se amoldasse nos demais núcleos pudesse ficar sem punição.

1.3. Objeto Material do art. 12, *caput*

Trata-se de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. Segundo preceitua o art. 36 da Lei n. 6.368/76, que continua em vigor, tais substâncias devem estar indicadas em lei ou relacionadas pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, do Ministério da Saúde. A Convenção Única sobre Entorpecentes de Nova Iorque, de 1961, contém listas de substâncias consideradas entorpecentes. Entre elas consta, por exemplo, a *Cannabis sativa*. Pois bem, a Convenção Única sobre Entorpecentes de Nova Iorque integra a legislação brasileira, pois foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 5, de 7.4.1964 e promulgada pelo Decreto n. 54.216, de 27.8.1964. Portanto, pode ser utilizada como complemento das normas penais em branco existentes na Lei n. 6.368/76, caso seja necessário. No que diz respeito à relação das substâncias pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, esclarecemos, desde logo, que tal incumbência foi transferida para a Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária, que foi a responsável pela edição da Portaria n. 344, de 12.5.1998, atualmente em vigor. As atualizações da citada Portaria estão sendo elaboradas pela ANVISA, i. e., pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, órgão do Ministério da Saúde, uma vez que foi extinta a antiga Secretaria. O rol das substâncias é completo e atualizado, de modo que tem sido desnecessário recorrer à Convenção Única de 1961 para a aplicação dos artigos da Lei n. 6.368/76.

1.3.1. Artigo 12, *caput*: norma penal em branco

Cuida-se de norma penal em branco, pois, como já adiantamos, o seu complemento é encontrado na Portaria n. 344/98 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária e nas convenções internacionais que cuidam das substâncias entorpecentes e assemelhadas.

1.3.2. Alteração da portaria

O Supremo Tribunal Federal, analisando os efeitos da *supressão* do cloreto de etila da relação de substâncias elaborada por órgão do Ministério da Saúde, entendeu que ela alcança os comportamentos anteriormente praticados, operando a extinção da punibilidade dos agentes. O posicionamento é distinto da regra geral imposta à maioria das normas penais em branco, pois no caso da Lei n. 6.368/76 a alteração atinge o cerne da norma penal, porquanto o cloreto de etila não figura na lista da Portaria n. 344/98 em caráter excepcional ou temporário. Como se sabe, a alteração do complemento não atinge, geralmente, as condutas praticadas na vigência da norma. É o que ocorre com o tabelamento de preço, por exemplo.

Assim, se for excluída uma substância entorpecente das listas da Portaria há retroatividade benéfica, em decorrência de verdadeira *abolitio criminis*.

1.3.3. Cloreto de etila. Componente do lança-perfume. Resolução n. 104 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária

A primeira publicação da Resolução n. 104, ocorrida em 7.12.2000, excluiu o cloreto de etila da lista "F", da Portaria n. 344/98. A lista "F" relaciona as substâncias de uso proscrito no Brasil. Na mesma oportunidade, a mesma Resolução incluiu o cloreto de etila na lista "D2", da mesma Portaria, cujo rol contém os insumos químicos para a elaboração de substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas. Tais insumos não são considerados substâncias entorpecentes. Assim, a aludida transferência do cloreto de etila da lista "F" para a lista "D2", tornou-a substância de uso permitido, todavia, controlada pela Vigilância Sanitária.

Preocupada com os efeitos da alteração, a Resolução n. 104 foi republicada. Nesta republicação, ocorrida em 15.12.2000, o cloreto de etila saiu da lista "D2" (insumos) e entrou na lista "B1" da Portaria n. 344/98, que se refere às substâncias psicotrópicas. Assim, a partir de 15.12.2000, a posse para uso próprio (art. 16) ou qualquer comportamento descrito no art. 12, todos da Lei n. 6.368/76, que envolvam o cloreto de etila, voltaram a ser reprimidos penalmente. Entre os dias 7 e 14.12.2000, o cloreto de etila não era substância entorpecente e/ou psicotrópica.

Assim, no período compreendido entre os dias 7 e 14.12.2000, tornou-se lícito, porém controlado, o manuseio de cloreto de etila. Tal efeito, por ser benéfico, deve retroagir. Os inquéritos policiais que envolvam a substância deverão ser arquivados (extinção da punibilidade). Se existe processo em andamento será julgado extinto. E, finalmente, se houver condenação será anulada, liberando-se o condenado de todos os seus efeitos.

O quadro a seguir elaborado ilustra as alterações acima aludidas:

Até 6.12.2000	De 7 a 14.12.2000	A partir de 15.12.2000
Substância entorpecente de uso proibido no Brasil.	Insumo químico para a fabricação de entorpecente. Uso permitido, mas controlado pelo Estado.	Substância psicotrópica.
Lista F da Portaria n. 344/98	Lista D2 da Portaria n. 344/98	Lista B1 da Portaria n. 344/98

Atenção: no julgamento do Recurso Especial n. 299.659-PR, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a primeira publicação da Resolução n. 104, ou seja, a ocorrida no dia 7.12.2000 padecia de vício de forma e, portanto, não teria o condão de propiciar a transferência do cloreto de etila da Lista F (substâncias entorpecentes de uso proscrito no Brasil) para a lista dos insumos químicos (Lista D2). Segundo o entendimento contido no referido acórdão, a transferência exigia deliberação de órgão colegiado da ANVISA e não ato exclusivo de seu diretor-presidente. Caso esse precedente venha a ser reiterado em novos julgamentos, o cloreto de etila foi transferido, diretamente, da Lista F para a B1, sem integrar a lista dos insumos químicos (Lista D2). Em resumo, tal posicionamento do Superior Tribunal de Justiça rechaça, conseqüentemente, o reconhecimento de *abolitio criminis*. Vejamos a ementa da supracitada decisão: "*Quanto à substância cloreto de etila, a Resolução RDC 104, tomada isoladamente pelo Diretor-Presidente*

da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (DOU 7/12/2000), retirando tal substância da lista F2 (substâncias psicotrópicas de uso proscrito no Brasil), não teve validade até sua republicação, agora por decisão da Diretoria Colegiada daquele órgão (DOU 15/12/2000) que a recolocou na lista B1(substâncias psicotrópicas). Destarte, durante esse interregno, não há como reconhecer que houve 'abolitio criminis' (Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 7/2/2002, v. Informativo n. 122)."

1.3.4. Pequena quantidade de substância

Para efeito de caracterização das condutas criminosas deverão ser analisados: a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local, as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem como a conduta, os antecedentes e a qualificação do agente. É o que reitera a Lei n. 10.409/2002, no seu art. 30, praticamente copiando o art. 37 da Lei n. 6.368/76.

Para o Supremo Tribunal Federal, o delito de tráfico de substância entorpecente não se descaracteriza pelo fato de a polícia haver apreendido pequena quantidade de tóxico em poder do réu.

Aliás, é bom ressaltar, desde logo, que a pequena quantidade não elide a responsabilidade penal nem mesmo em relação aos comportamentos previstos no art. 16, desde que, na porção apreendida, tenha sido constatada pericialmente a presença do princípio ativo da substância entorpecente.

Nesse sentido: "*Considerando que a pequena quantidade de substância entorpecente apreendida não descaracteriza o crime de posse, a Turma indeferiu habeas corpus impetrado em favor de soldado do exército denunciado pelo art. 290 do CPM – tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar, por ter, sob sua guarda, 3,4 gramas de maconha, em lugar sujeito à administração militar, no qual se alegava a falta de justa causa para a ação penal sob o fundamento do princípio da insignificância*" (HC n. 81.735-PR, rel. Min. Néri da Silveira, j. em 26.3.2002).

1.4. Qualificação Doutrinária do Artigo 12

Trata-se de crime de perigo e de mera conduta.

O tipo é misto alternativo, de conteúdo múltiplo ou variado. É alternativo porque no art. 12, *caput*, há 18 núcleos. Basta um só dos comportamentos tipificados para a configuração do delito.

Havendo a prática de comportamentos num mesmo contexto fático, aplica-se o princípio da alternatividade. Como consequência, deverá ser reconhecido um único crime. Assim, se o indivíduo importa, transporta, oferece e vende uma determinada quantidade de cocaína, por exemplo, cometerá uma única infração ao art. 12, *caput*. A conduta é única. Tomado o mesmo exemplo, se o agente faz ingressar no território nacional, em dias distintos, porções de cocaína, há vários crimes, que poderão ser unificados pela continuidade desde que estejam presentes os requisitos legais. Consequentemente, se os comportamentos se mostrarem distintos entre si, isto é, se forem cometidos em contextos fáticos diversos, haverá vários crimes.

1.5. Objetividade Jurídica

A objetividade jurídica principal ou imediata é a incolumidade pública, sob o particular aspecto da saúde pública.

Objetividade jurídica secundária ou mediata é a vida, a saúde e a família.

1.6. Sujeito Ativo

O sujeito ativo do crime em estudo é qualquer pessoa. O crime, nesse aspecto, é comum.

Exceção: o comportamento de prescrever exige a qualidade de médico ou dentista para sua prática. Logo, nessa hipótese, o crime é próprio.

1.7. Sujeito Passivo

O sujeito passivo principal é a sociedade.

Sujeito passivo secundário são as pessoas que recebem a droga para consumi-la, desde que essa conduta não tipifique o art. 16.

Criança ou adolescente como sujeito passivo. O art. 243 do ECA (Lei n. 8.069/90) tem como objeto material os "produtos" que possam causar dependência física ou psíquica. Essas substâncias não são entorpecentes para os fins da Lei n. 6.368/76. É o que ocorre com a cola de sapateiro, que acarreta inúmeros malefícios às crianças e aos adolescentes. A cola de sapateiro contém um solvente, o tolueno, responsável pelos efeitos físicos e/ou psíquicos provenientes do produto. O tolueno não é uma substância entorpecente, frise-se, tal como a concebe a Lei n. 6.368/76, no seu art. 36. Assim, no caso do supracitado produto, aplicaremos o art. 243 do ECA. Entretanto, se for realizada a venda de substância entorpecente (*Cannabis sativa*, cocaína, *crack* etc.) para crianças ou adolescentes, aplicaremos o art. 12, *caput*, combinado com a causa de aumento prevista no art. 18, inc. III, ambos da Lei n. 6.368/76.

1.8. Elemento Normativo

Consiste na expressão "sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar".

1.9. Consumação e Tentativa

Há consumação com o cometimento do comportamento típico, independentemente da produção de qualquer resultado. Se vários forem os comportamentos praticados, a consumação ocorrerá com o cometimento do primeiro deles. Entre os núcleos do tipo existem aqueles que dão ensejo a crimes instantâneos, ou seja, a consumação ocorre num determinado instante, sem continuidade temporal, como ensina o Professor Damásio de Jesus. É o que ocorre, por exemplo, com o comportamento "importar", no qual a consumação se verifica no momento em que a substância entorpecente transpõe a fronteira brasileira. No caso do núcleo "preparar", a consumação ocorrerá no instante em que, da composição de duas ou mais substâncias, surgir outra que é entorpecente. Sendo a hipótese de venda, a consumação dar-se-á com o recebimento do preço ou de outro bem que tenha valor econômico. Na aquisição, por sua vez, a consumação ocorre com o recebimento da substância entorpecente.

Outros núcleos do tipo ensejam crimes permanentes. Esses delitos têm a consumação prolongada no tempo. São, na lição do Professor Damásio de Jesus, crimes nos quais a consumação pode cessar por vontade do agente. Assim, como exemplo, citamos as condutas: *guardar, ter em depósito, trazer consigo*. Nos crimes permanentes, a prisão em flagrante poderá ocorrer em qualquer momento, nos termos do art. 303 do Código de Processo Penal.

No que concerne à tentativa, como adverte Vicente Greco Filho, ela não está nem lógica nem juridicamente excluída. Acrescentamos que, mesmo na hipótese de crimes permanentes, a tentativa é viável, *desde que tenha a sua fase inicial comissiva*. O crime permanente apresenta duas fases: a primeira corresponde à prática do comportamento descrito na lei, de natureza comissiva ou omissiva e, a segunda fase, de manutenção do estado danoso ou perigoso, de caráter omissivo ou, excepcionalmente, comissivo.

Malgrado haja possibilidade da forma tentada no caso do art. 12, *caput*, sua configuração na prática é difícil, ante a quantidade de núcleos propositalmente inserida no citado artigo. Cuidando-se de um crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, a tentativa de um comportamento ensejará, via de regra, outro já consumado previamente. Desse modo, responderá o agente pelo crime consumado, sendo absorvida a tentativa subsequente.

1.10. Flagrante Preparado e Esperado

São hipóteses distintas. O flagrante preparado, no direito brasileiro, dá ensejo ao denominado "crime putativo por obra de agente provocador" ou "crime de ensaio". O cometimento da infração penal é provocado por outrem. No âmbito da Lei em estudo, suponha que policiais apresentem-se como usuários e, assim, provoquem a venda de substância entorpecente. A venda não poderá ser imputada ao traficante. Os comportamentos típicos anteriores, não provocados pela encenação protagonizada pelos policiais, serão, entretanto, atribuídos. É o caso, por exemplo, da aquisição, ocultação, guarda ou depósito, transporte ou trazer consigo, todos comportamentos anteriores consumados no momento da venda provocada.

O flagrante esperado não se confunde com o preparado. Naquele não há provocação. Simplesmente aguarda-se a prática do delito para surpreender o criminoso em flagrante.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, a infiltração de agente policial, simulando participar de operação de tráfico internacional, com a finalidade de manter a polícia informada sobre atividades do grupo, não atrai a incidência da Súmula n. 145 do Supremo Tribunal Federal.

Súmula n. 145 do Supremo Tribunal Federal: "Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação".

2. FIGURAS ASSEMELHADAS

As figuras assemelhadas são subsidiárias em relação ao *caput* do art. 12 da Lei n. 6.368/76.

2.1. Artigo 12, § 1.º, inciso I

Também é crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, pois conta com 14 núcleos. Para conhecê-los, toma-se os 18 núcleos vistos quando do estudo do *caput* do art. 12, suprimindo os quatro seguintes: *preparar, prescrever, ministrar e entregar de qualquer forma a consumo*.

O objeto material já não é mais substância entorpecente, mas sim matéria- prima.

Matéria-prima é a substância da qual ou com a qual podem ser produzidas substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, como, por exemplo, a acetona e o éter. Lembramos que a Portaria n. 344/98 contém, na lista "D2", um rol de insumos químicos utilizados como precursores para a fabricação e síntese de entorpecentes e/ou psicotrópicos. Nesse rol estão a acetona, o ácido clorídrico, o ácido sulfúrico, o anidrido acético, o cloreto de metileno, o clorofórmio, o éter etílico, o metil etil cetona, o permanganato de potássio, o sulfato de sódio e o tolueno.

O crime se consuma com a prática dos comportamentos típicos, independentemente da efetiva preparação de substância entorpecente. Com relação à tentativa, reiteramos as explicações apresentadas quando do estudo do *caput* do art. 12.

O elemento subjetivo é o dolo, acrescentando-se que o agente deve ter ciência de que a substância envolvida em seu comportamento tem condições de ser utilizada para a preparação de entorpecentes (STF, RECrIm n. 108.726).

Só há crime se o comportamento típico for praticado indevidamente.

2.2. Artigo 12, § 1.º, inciso II

São três os núcleos: *semear, cultivar e colher*. *Semear* é lançar as sementes no solo (crime instantâneo, i.e., a consumação se dá num determinado instante, sem prolongar-se no tempo). *Cultivar*, crime permanente (causa um dano ou um perigo que se prolonga no tempo, que pode ser cessado por vontade do agente), consiste em manter a plantação. *Colher*, por sua vez, é retirar a planta da terra.

Também é crime de ação múltipla, de modo que, se os três comportamentos forem praticados pelo agente, num mesmo contexto fático, teremos um crime único.

Há controvérsia sobre a tipificação do portar sementes de *Cannabis sativa* ("maconha"). É sabido que da semente não se extrai o entorpecente, mas sim da planta germinada da semente. Portanto, o fumo da maconha é preparado com as folhas e flores da planta. Assim, a posse indevida de sementes de maconha, desde que reconhecidas pericialmente, configura, para nós, tentativa da conduta "semear" (ver *JUTACrimSP* 44/204). Há, no entanto, na jurisprudência, orientação no sentido da atipicidade do comportamento ora enfocado.

Outra questão a ser abordada diz respeito ao "plantio para uso próprio". Há dificuldade no enquadramento e, portanto, três correntes surgiram:

1.a) É enquadrado no inciso II do § 1.º do art. 12, não importando que o comportamento típico tenha sido realizado para uso próprio.

2.a) Utiliza-se o art. 16, aplicando-se analogia *in bonam partem*. Minimizam-se, assim, as consequências severas ensejadas pelo *caput* do art. 12, que seria o adequado tecnicamente à hipótese. A lei não distingue se o plantio é realizado para consumo próprio, de terceiros ou para comércio. Essa segunda posição jurisprudencial é a predominante.

3.a) O comportamento é atípico. Não seria possível enquadrar no inciso II ora estudado, porque se trata de plantio para uso próprio. Não se poderia enquadrar também no art. 16, porque nele não encontramos os verbos semear, cultivar e plantar. O juiz não poderia lançar mão de analogia para tipificar penalmente um comportamento. Segundo o Professor Damásio de Jesus, que adota a terceira posição, há, na verdade, na segunda posição, o emprego de analogia *in malam partem*.

Lembramos, finalmente, que a Lei n. 8.257/91 regulamentou a expropriação de glebas destinadas a culturas ilegais de plantas psicotrópicas, sem qualquer indenização ao proprietário. As glebas expropriadas serão destinadas ao assentamento de colonos para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos (ver art. 243 da CF).

2.3. Artigo 12, § 2.º, inciso I

O inciso I contém três núcleos: *induzir*, *instigar* e *auxiliar*. *Induzir* é introduzir a idéia. *Instiga* é reforçar a intenção de uso de substância entorpecente. Quanto ao *auxílio*, trata-se da ajuda concreta (material) ao usuário, oferecendo-lhe condições para o uso de substâncias entorpecentes, excluindo-se, obviamente, a conduta de fornecer ou vender tais substâncias, que ensejariam o enquadramento no *caput* do art. 12. A cessão de local para o uso das supracitadas substâncias permitirá o enquadramento no inciso II do § 2.º do art. 12. São exemplos de auxílio, para fins de subsunção da conduta, no inciso I ora estudado: levar o usuário à “boca-de-fumo”; fornecer-lhe dinheiro para a aquisição do entorpecente; fornecer-lhe objetos para o consumo da substância, tais como os cachimbos (“maricas”), entre outros.

Os comportamentos devem ser dirigidos a pessoa certa, porque o tipo traz a expressão “alguém”.

O uso é necessário para a consumação da infração. Exigindo-se pessoa certa, não é possível enquadrar aquele que se expõe vestindo camiseta com expressões do gênero “use maconha”.

2.4. Artigo 12, § 2.º, inciso II

O inciso II preceitua o seguinte comportamento: *§ 2.º Nas mesmas penas incorre, ainda, quem: II – Utiliza local de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.*

Como o tipo deixa claro, não é necessário que o autor seja o proprietário do local fechado ou aberto, como ensina o Professor Damásio de Jesus. São exemplos desses locais: casas, apartamentos, cafés, bares, hotéis, motéis, veículos automotores etc. O local, segundo Vicente Greco Filho, não pode ser público de uso comum, mas sim o local que pode ser aberto ao público. O local privado, como vimos, também admite a tipificação (móvel ou imóvel).

Não é possível, entretanto, pretender punir aquele que utiliza a própria casa para o *uso próprio* de substância entorpecente com base no inciso II ora enfocado.

Parece-nos, evidente, no entanto, que se exija do autor o conhecimento de o local prestar-se ao uso ou ao tráfico ilícitos de substâncias entorpecentes.

Consuma-se o crime com o uso de local para os fins ilícitos previstos no inciso. Não se exige habitualidade ou fim de lucro.

2.5. Artigo 12, § 2.º, inciso III

O inciso III do § 2.º assemelha-se ao inciso I. Entretanto, sua construção típica adotou uma fórmula vaga e imprecisa, porquanto tratou de uma contribuição genérica, “de qualquer forma”, que se destine ao incentivo ou à difusão do uso indevido de substâncias entorpecentes ou de tráfico de tais substâncias.

A figura típica, devido à sua amplitude, preocupa. Deve-se, assim, estabelecer a eficácia da conduta para a produção dos males que a norma pretende evitar, i. e., o incentivo ou a difusão do uso indevido ou o tráfico ilícito de entorpecentes. Lembre-se o exemplo citado por Menna Barreto: pessoas que, nas praias do Rio de Janeiro, utilizam-se de apitos para alertar os usuários de entorpecentes sobre a aproximação da polícia.

Exige-se para a consumação do crime, o efetivo uso ou tráfico. Sustenta-se, ainda, que o uso e o tráfico devem estar abrangidos no dolo do agente.

Não é correto exigir-se que o comportamento dirija-se a uma pessoa ou a um grupo determinado de indivíduos. Entretanto, deve-se evitar o enquadramento daquele que veste uma camiseta com os dizeres “fume maconha”, por inidoneidade do comportamento para ensejar o uso ou o tráfico ilícitos.

MÓDULO III

Drogas

Leis n. 6.368/76 e n. 10.409/2002

1. ARTIGO 13

"Fabricar, adquirir, vender, fornecer ainda que gratuitamente, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar :

Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa".

Trata-se, à semelhança do artigo antecedente (artigo 12), de um crime de conteúdo múltiplo ou variável. Seu tipo é misto alternativo. Aplicando-se, portanto, o princípio da alternatividade, haverá crime único se uma ou mais condutas forem cometidas em um mesmo contexto fático.

O crime definido no artigo 13 visa reprimir a instalação e o funcionamento de laboratórios clandestinos destinados à fabricação, preparação, produção ou transformação de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica. A infração se consuma com a prática do comportamento típico, independentemente, pois, da efetiva fabricação, preparação, produção ou transformação de substância entorpecente. A tentativa é viável tecnicamente; todavia, de difícil configuração prática.

O objeto material do delito será qualquer objeto, apto a ser destinado aos fins indicados no tipo. Poderá ser uma estufa, um destilador etc. Será o exame do conjunto probatório e a perícia que darão às autoridades os elementos necessários à tipicidade do comportamento.

2. ARTIGO 14

"Associarem-se 2 (duas) ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos artigos 12 ou 13 desta Lei:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez)¹¹ anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa".

O crime é de concurso necessário (plurissubjetivo) e especial em relação ao artigo 288 do Código Penal, crime de quadrilha ou bando. O artigo 14 exige um número mínimo de agentes, ou seja, duas pessoas. Os inimputáveis podem ser considerados no cômputo. O crime só se configura com o vínculo associativo para a prática dos crimes definidos nos artigos 12 e 13 da Lei e com a predisposição de todos para o cometimento de um número indeterminado de delitos.

Segundo Vicente Greco Filho, a expressão "reiteradamente ou não", inserida no tipo, não pode levar o aplicador do Direito a admitir o delito de associação independentemente da permanência ou estabilidade.

Há consumação com a simples associação (crime formal ou de consumação antecipada), independentemente da concretização das infrações penais visadas. No caso do cometimento dos crimes visados, haverá concurso material (Supremo Tribunal Federal). A tentativa é inadmissível. Não incide sobre o artigo 14 a causa de aumento prevista no artigo 18, inciso III, 1.^a parte ("... se qualquer deles decorrer de associação ..."), para evitar *bis in idem*. Tal aumento se aplicará ao mero concurso de pessoas.

¹¹ A pena máxima, cominada em abstrato, foi alterada pelo artigo 8.^o, *caput*, da Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos). Veja a explicação no presente Módulo.

A Lei n. 8.072/90 revogou o artigo 14 da Lei n. 6.368/76?

A 2.^a Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu que houve simples derrogação do artigo 14, cujo preceito primário permanece em vigor, inalterado. As penas, no entanto, foram alteradas. Desde a entrada em vigor da Lei n. 8.072/90, deve ser cominada a sanção prevista no artigo 8.º da supracitada lei, por ser mais benéfica ao agente. Ou seja, ao crime previsto no artigo 14 da Lei Antitóxicos será cominada a pena de reclusão de 3 (três) a 6 (seis) anos. A multa não foi prevista no artigo 8.º, de modo que não será imposta ao condenado. A alteração, por ser benéfica, retroage às condenações, ainda que definitivamente julgadas.

A causa de diminuição de pena (traição benéfica), definida no parágrafo único do artigo 8.º da Lei n. 8.072/90, aplica-se à associação criminosa, por analogia.

3. ARTIGO 15

“Prescrever ou ministrar, culposamente, o médico, dentista, farmacêutico ou profissional de enfermagem substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, em dose evidentemente maior que a necessária ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 30 (trinta) a 100 (cem) dias-multa”.

Cuida-se de crime culposo. Quanto ao sujeito ativo, temos que o crime é próprio. Só podem cometê-lo, na modalidade prescrever, médico ou dentista. Quanto à conduta ministrar, podem realizá-la, ainda, o farmacêutico e o pessoal de enfermagem.

Consuma-se com a entrega da receita ou com a prescrição oral ao paciente. Consuma-se na ação ministrar, com a efetiva introdução da substância entorpecente no corpo de outrem. A tentativa é inadmissível, porquanto se trata de crime culposo.

Atenção! O crime só se configura com o prescrever ou o ministrar de dose *evidentemente maior que a necessária*. A disparidade deve ser gritante. Vê-se que a infração pressupõe que o paciente necessite da droga para seu tratamento. Nas condutas dolosas, aplica-se o artigo 12, *caput*. A prescrição *em desacordo com determinação legal ou regulamentar* é denominada *prescrição irregular*.

Admite-se a substituição de pena privativa por alternativa, nos moldes previstos no Código Penal.

4. ARTIGO 16

“Adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa”.

A objetividade jurídica é a saúde pública.

A razão da punição daquele que traz consigo, adquire ou guarda para uso próprio, é a ameaça que seu comportamento representa para a sociedade.

Os núcleos do tipo são adquirir, guardar e trazer consigo. As condutas exigem o uso próprio como finalidade exclusiva do agente. Essa finalidade distingue o artigo 16 do artigo 12 da Lei n. 6.368/76, porquanto este contém, no seu preceito primário, os mesmos três núcleos acima mencionados.

Frise-se que *usar* substância entorpecente ou psicotrópica deve ser considerado comportamento atípico. Além do citado verbo (núcleo do tipo) não constar na redação do artigo 16, há a ausência de prova da materialidade da infração em razão da não apreensão da substância consumida pelo usuário. Para a configuração do artigo 16 é imprescindível a apreensão da droga que causa dependência e o seu exame, para verificar a presença do princípio ativo da substância.

4.1. Fornecimento de pequena quantidade para uso comum

Admite-se que o fornecimento de pequena quantidade de substância entorpecente, destinada ao uso comum, desde que se trate de fato ocasional que envolva pessoas do convívio do agente, possa ser enquadrado no artigo 16, aplicando-se analogia *in bonam partem*. Evitam-se, assim, as graves consequências penais oriundas de uma condenação no artigo 12 da Lei, desproporcionais à gravidade do comportamento do agente. Não há, contudo, entendimento pacífico a respeito. Para parte da doutrina e da jurisprudência, o enquadramento será feito no artigo 12, dado que houve fornecimento da substância para terceiros.

4.2. Plantio para uso próprio

Convém lembrar, ainda, que a conduta de plantar para uso próprio também poderá ser enquadrada no artigo 16, pelo mesmo motivo exposto anteriormente, aplicando-se analogia em favor do réu. Há outras duas posições a respeito:

1.^a) enquadramento no artigo 12, posto que a Lei não distingue a plantação em escala comercial daquela realizada para consumo próprio;

2.^a) o fato é atípico, porquanto não está descrito no artigo 12 ou no artigo 16. Não se enquadra no artigo 12, § 1.^o, inciso II, porque é nítida a intenção do legislador de punir grandes plantadores, bastando, para tanto, ressaltar que a pena imposta ao “plantio” é idêntica àquela definida para o *caput* do artigo 12. A conduta também não se subsume no artigo 16 porque não há no tipo os núcleos semear, cultivar e colher. Para essa orientação, a tipificação do *plantio para uso próprio* no artigo 16 constitui aplicação de analogia *in malam partem*, ou seja, prejudicial ao acusado.

4.3. Pequena quantidade de droga apreendida

É irrelevante a quantidade de droga portada pelo agente (crime de perigo), desde que, levada à perícia químico-toxicológica, seja constatada a presença do princípio ativo da substância.

A pequena quantidade não afasta, por si só, a eventual configuração do tráfico. Faz-se necessário o exame do conjunto probatório à luz dos parâmetros indicados, exemplificativamente, no artigo 30 da Lei n. 10.409/2002, a saber:

- quantidade e natureza da substância apreendida;
- local e condições em que se desenvolveu a ação criminosa;
- circunstâncias da prisão;
- conduta, qualificação e antecedentes do agente.

4.4. Consumo

A consumação do artigo 16 ocorre com a prática do comportamento típico, independentemente da produção de qualquer resultado. Na modalidade adquirir, a tentativa é possível.

4.5. Ação penal e procedimento

A ação penal é pública incondicionada.

Quanto ao rito, a entrada em vigor da Lei n. 10.409/2002 gerou um quadro de incertezas. Explica-se: na doutrina sustenta-se, majoritariamente, que o procedimento a ser adotado para a apuração dos crimes previstos na Lei n. 6.368/76 é aquele disciplinado nos artigos 27 e seguintes da nova lei, adotando-se alguns dispositivos da Lei n. 6.368/76 para suprir lacunas. Há outra orientação que, baseada na redação do artigo 27 – “O procedimento relativo aos processos por crimes definidos *nesta Lei* rege-se pelo disposto neste Capítulo ...” –, sustenta a não-observância do novo procedimento, porquanto como não há infrações penais previstas na Lei n. 10.409/2002, não há que se falar em aplicar o respectivo procedimento, nos termos do disposto no artigo 27 supracitado. O argumento, segundo nosso entendimento, é frágil. Diante da permanência do procedimento, mesmo após o veto de grande número de dispositivos pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, é certa a intenção de vê-lo aplicado, não obstante as dificuldades práticas que existem na sua implantação. Espera-se que a jurisprudência indique aos operadores do Direito a

tendência predominante, pondo fim ao quadro de incertezas ora reinante. Ressalta-se, no entanto, que o novo procedimento é mais amplo, dando maior possibilidade de defesa ao acusado. O tema será retomado no Módulo IV.

Seja qual for o procedimento adotado, por ser especial em relação ao existente no Código de Processo Penal (artigo 539), e pelo fato da pena máxima cominada no artigo 16 ser de dois anos de detenção, está afastada a incidência da Lei dos Juizados Especiais Criminais, ou seja, da Lei n. 9.099/95. Quanto aos Juizados Especiais Criminais há observação a fazer. Com a entrada em vigor da Lei n. 10.259/2001, que instituiu e definiu os Juizados Especiais Criminais Federais, parcela considerável dos Promotores de Justiça e Juízes Criminais do Fórum Central da Capital de São Paulo passou a considerar o artigo 16 como uma infração de pequeno potencial ofensivo. Essa conduta baseia-se na incidência da Lei dos Juizados Federais no âmbito estadual, possibilitando que infrações, com pena máxima abstrata não superior a dois anos, independentemente da existência de procedimento especial para apurá-las, possam ser consideradas de pequeno potencial ofensivo. Convém ressaltar, no entanto, que a orientação da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, bem como da Polícia Civil, opõe-se à aplicação da Lei n. 10.259/2001 nos Juizados Especiais Criminais Estaduais.

4.6. Penas Alternativas

Superados os temas anteriormente abordados, na hipótese de condenação é viável e conveniente a substituição da pena privativa de liberdade por sanção alternativa. Deve-se, no entanto, evitar a substituição da pena privativa de liberdade por multa, considerando a existência da Súmula n. 171 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual é vedada a aludida substituição quando houver, no preceito secundário da norma, a aplicação cumulativa de pena privativa e pecuniária. Lembre-se que o § 2.º do artigo 60 do Código Penal foi derogado pelo § 2.º do artigo 44 do Código Penal.

Na impossibilidade de aplicação de pena alternativa, admite-se a suspensão condicional da pena.

A pena de multa, fixada em 20 a 50 dias-multa, deverá ser calculada na forma do artigo 38 da Lei.

MÓDULO IV

Drogas

Leis n. 6.368/76 e n. 10.409/2002

1. ARTIGO 17 - VIOLAÇÃO DE SEGREDO

"Violar de qualquer forma o sigilo de que trata o art. 26 desta Lei:

Pena – detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) meses, ou pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa, sem prejuízo das sanções administrativas a que estiver sujeito o infrator".

O crime ora estudado é próprio, porquanto só pode ser praticado por funcionário público, desde que tenha tomado conhecimento do objeto do sigilo em razão da função. Essa qualificação doutrinária sustenta-se na parte final do preceito secundário da norma, na qual está ressalvada a aplicação das sanções administrativas ao infrator. É uma norma especial em relação ao artigo 325 do Código Penal (violação de sigilo funcional). O artigo 17 tipifica penalmente o sigilo estabelecido no artigo 26 da Lei n. 6.368/76:

"Artigo 26 – Os registros, documentos ou peças de informação, bem como os autos de prisão em flagrante e os de inquérito policial para apuração dos crimes definidos nesta Lei serão mantidos sob sigilo, ressalvadas, para efeito exclusivo de atuação profissional, as prerrogativas do juiz, do Ministério Público, da autoridade policial e do advogado na forma da legislação específica".

O crime definido no artigo 17 consuma-se com a divulgação do fato protegido pelo sigilo, não se exigindo a ocorrência de dano.

Embora a pena privativa não supere um ano, a existência de procedimento especial afasta a competência do Juizado Especial Criminal (artigo 61 da Lei n. 9.099/95). Registra-se a corrente doutrinária que sustenta a aplicação da Lei 10.259/2001 – Lei dos Juizados Especiais Criminais Federais – no âmbito da Justiça Estadual Comum. Nessa hipótese, o artigo 17 também passaria a ser considerado infração de pequeno potencial ofensivo, posto que a nova Lei dos Juizados Criminais aumentou o limite da pena máxima para dois anos e não faz ressalva à existência de procedimento especial para a apuração e julgamento do delito. Como já foi por nós mencionado, quando do estudo do artigo 16, o Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo recomendou aos integrantes da Instituição, por meio do Aviso n. 74/02, de 06/02/2002, a não incidência da Lei dos Juizados Federais Criminais no âmbito estadual.

É viável a suspensão condicional do processo, isto é, o *sursis processual*.

2. ARTIGO 18 - CAUSAS DE AUMENTO DE PENA

Nas hipóteses taxativamente previstas no artigo 18, incidirá um aumento de 1/3 a 2/3. Referido incremento de pena refere-se exclusivamente aos crimes previstos nos artigos 12, 13 e 14 da Lei n. 6.368/76.

As hipóteses previstas no inciso I do artigo 18 só são aplicáveis na Justiça Federal, porque inseridas na competência dessa Justiça: tráfico internacional e extraterritorialidade da lei penal.

No caso do inciso II, o legislador levou em consideração a função ou a atividade desempenhada pelo agente. Trata-se de duas situações:

- *agente que se prevalece de função pública relacionada com a repressão à criminalidade para a prática do tráfico de drogas;*
- *agente que, mesmo não desempenhando função pública, tenha a missão de guarda ou vigilância de drogas que possam causar dependência.*

O inciso III, por sua vez, contém duas causas de aumento. São elas:

- *crime decorrente de associação*. Essa causa de aumento não incide sobre o artigo 14, para evitar *bis in idem* em matéria penal. Recai, no entanto, nos casos de mero concurso de pessoas;
- *cometimento de crime visando a menor de 21 anos ou a quem tenha, por qualquer causa, diminuída ou suprimida a capacidade de discernimento ou a de autodeterminação*.

No caso do inciso IV, o local da prática do crime é fundamento para a maior severidade na punição. Lembramos, por exemplo, a prática do tráfico de entorpecentes nas proximidades ou no interior de estabelecimentos de ensino, penitenciários, ou de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza.

3. ARTIGO 19 – INIMPUTABILIDADE OU SEMI-IMPUTABILIDADE

Aplica-se o disposto no artigo 19 qualquer que seja a infração penal cometida, isto é, prevista ou não na Lei n. 6.368/76. Se, ao tempo da ação ou omissão, em razão de dependência químico-toxicológica ou em função de efeito de substância entorpecente proveniente de caso fortuito ou força maior, não tinha o agente a capacidade de entender o caráter criminoso do fato, tampouco de determinar-se de acordo com esse entendimento, será absolvido. Sendo a causa da inimputabilidade a dependência, será imposto ao réu um tratamento (artigo 29 da Lei n. 6.368/76).

Cuidando-se de semi-imputabilidade, o réu será condenado. Sua pena poderá ser reduzida de 1/3 a 2/3, nos termos do parágrafo único do artigo em estudo. A pena privativa de liberdade não poderá ser convertida em tratamento, tal como ocorre no Código Penal. Caso o condenado necessite de tratamento, esse lhe será dado no estabelecimento penitenciário, aplicando-se o artigo 11 da Lei supracitada.

O juiz é obrigado a indagar ao réu, no momento do interrogatório, acerca da dependência, depois de esclarecê-lo sobre as conseqüências da resposta.

4. CRIMES PREVISTOS NA LEI N. 6.368/76

4.1. Procedimento

Há, atualmente, controvérsia sobre qual o procedimento aplicável aos crimes definidos na Lei n. 6.368/76. A divergência decorre da entrada em vigor da Lei n. 10.409/2002. Nela, nos artigos 27 e seguintes, está disciplinado um novo rito, muito mais amplo e, conseqüentemente, mais benéfico ao acusado. Daí porque sustentamos que ele deve ser aplicado para evitar eventual nulidade do processo *ab initio*, caso a jurisprudência venha a consagrá-lo.

A doutrina sustenta, majoritariamente, que o procedimento a ser adotado em relação aos crimes da supracitada Lei Antitóxicos deva ser o definido na Lei n. 10.409/2002. Alguns dispositivos da Lei n. 6.368/76 continuarão a ser aplicados para suprir omissões, lacunas existentes na nova Lei. É o que ocorre, por exemplo, com o tema da responsabilidade do agente face à eventual dependência química ou em razão de efeito de droga que causa dependência física ou psíquica, desde que decorrente de caso fortuito ou força maior. É também omissa a Lei n. 10.409/2002 sobre o questionamento ao réu sobre a aludida dependência no ato do interrogatório, momento propício para a determinação de instauração do respectivo incidente.

Há, no entanto, orientação diversa quanto ao procedimento a ser seguido. Sustenta-se que a redação do artigo 27 da Lei n. 10.409/2002 impede a aplicação do novo procedimento. O artigo 27 dispõe: “O procedimento relativo aos processos **por crimes definidos nesta Lei** rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal” (o negrito é nosso). O argumento é simples: Como não há crimes previstos na Lei n. 10.409/2002, porquanto foram todos vetados pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, não há como se aplicar o novo procedimento a eles relativo. O argumento, com a devida vênia, é frágil. O veto de grande parte dos dispositivos da nova Lei Antitóxicos, com a preservação daqueles referentes ao procedimento, está a demonstrar a nítida intenção de vê-los aplicados.

Recente pesquisa realizada com os juízes criminais do Fórum Central da Capital de São Paulo, por nós coordenada, indicou que, dos 57 magistrados entrevistados no período de abril e maio de 2002:

- *33 juízes não estão aplicando o novo procedimento*. Logo, adotam o rito disciplinado na Lei n. 6.368/76. O fundamento do posicionamento reside na redação do artigo 27 da Lei n. 10.409/2002.

- *14 magistrados observam o procedimento da lei nova.*
- *Os demais, num total de 10 juízes, ou estão:* estudando a questão (cinco), ou recusaram-se a responder a pesquisa (quatro), ou estão aplicando só parte do novo procedimento (Capítulo V). Registro que apenas um magistrado está aplicando exclusivamente o Capítulo V da Lei n. 10.409/2002 (artigos 37 a 45).

O resultado da pesquisa serviu, em primeiro lugar, para demonstrar a diversidade de opções adotadas pelos juízes, o que gera, inevitavelmente, insegurança para as partes. Por outro lado, a pesquisa afastou a impressão inicial de que o novo procedimento não estaria sendo adotado pelos magistrados e promotores de justiça.

Diante dessa situação instável, decidimos manter a abordagem do procedimento previsto na Lei n. 6.368/76. Por essa mesma razão abordaremos as principais novidades trazidas pela Lei n. 10.409/2002. Ressaltamos, mais uma vez, que a adoção do procedimento da lei nova é mais amplo, portanto oferece maior possibilidade de defesa. Basta salientarmos a defesa preliminar introduzida antes da decisão de recebimento ou rejeição da denúncia (artigo 38, *caput*).

O procedimento previsto na Lei n. 6.368/76 é célere e concentrado, tendo sido disciplinado em seus artigos 20 e seguintes. O procedimento é o mesmo para os crimes punidos com reclusão ou detenção, aplicando-se subsidiariamente o Código Penal e o Código de Processo Penal. Havendo conexão entre crime previsto na citada Lei Antitóxicos com outra infração penal, aplica-se o procedimento mais amplo, ou seja, aquele que ensejar maior amplitude de defesa. Nem sempre corresponderá àquele previsto para a infração mais grave. Nos casos de competência da Justiça Federal, não havendo na comarca sede de vara federal, aplica-se o artigo 27. Conseqüentemente, o processo tramitará na Justiça Comum Estadual até a sentença.

4.1.1. Resumo do procedimento:

- *Inquérito policial:* se o indiciado estiver preso o prazo para remessa ao Poder Judiciário é de cinco dias. Na hipótese de liberdade, o prazo é de trinta dias, podendo ser prorrogado (§ 1.º do artigo 21).
- *Denúncia:* oferecimento no prazo de três dias, independentemente de o acusado estar preso ou solto. O artigo 22, § 1.º permite que a denúncia seja embasada com o laudo de constatação de substância entorpecente.
- Porém, para o debate entre as partes e, evidentemente, para a sentença é necessário o laudo de exame químico-toxicológico. Cinco é o número máximo de testemunhas.
- *Recebimento ou rejeição da denúncia:* 24h. O juiz não pode desclassificar o crime no momento do recebimento da denúncia. Tal situação equivale à rejeição da peça acusatória, ensejando a interposição de recurso em sentido estrito.
- *Citação em 24h:* no caso de citação ficta, o prazo do edital é de cinco dias. Aplica-se o artigo 366 do Código de Processo Penal – suspensão do processo e da prescrição – nas hipóteses legais.
- *Interrogatório:* cinco dias após o recebimento da denúncia. Além das perguntas previstas no artigo 188 do Código de Processo Penal, deverá o juiz indagar sobre eventual dependência, explicando ao réu as conseqüências de sua resposta. A afirmação do réu não obriga o juiz a instaurar o incidente, caso não estejam presentes os elementos indicadores da dependência. A infração penal imputada é irrelevante: a indagação sobre a dependência será sempre necessária, mesmo que se trate de traficante.
- *Defesa prévia:* três dias após o interrogatório, oportunidade em que o defensor poderá arrolar até 5 testemunhas.
- *Despacho saneador:* 48h da defesa prévia. O despacho saneador tem tríplice finalidade: a) sanar vícios de forma; b) determinar o que for necessário para a realização da audiência de instrução e julgamento, tal como, a intimação das partes, a juntada do laudo químico- toxicológico, notificação para as testemunhas etc.
- *Audiência de instrução e julgamento.* A Lei n. 6.368/76 determina a designação da audiência no prazo de oito dias do despacho saneador, ou em 30 dias, se tiver sido instaurado o incidente de dependência. Instalada a audiência, são ouvidas as testemunhas de acusação e de defesa. Em seguida, são realizados os debates orais pelo prazo de 20 minutos, prorrogável por mais 10 minutos, caso seja necessário. Na seqüência, o juiz prola a sentença. Caso não se sinta habilitado para decidir a lide de imediato, poderá fazê-lo no prazo de 5 dias (artigo 23, § 3.º).
- *Recursos:* aplica-se o Código de Processo Penal subsidiariamente.

- *Prazos procedimentais*: o artigo 35, parágrafo único, da Lei n. 6.368/76, determina que os prazos procedimentais e, segundo a doutrina, os processuais também, devam ser contados em dobro quando se tratar dos crimes dos artigos 12, 13 e 14 da referida Lei. Essa norma não alterou os prazos recursais. Refere-se, portanto, exclusivamente ao inquérito policial e à instrução processual. A jurisprudência fixou em trinta e oito dias o prazo para encerramento da instrução. Aplicando-se o parágrafo único do artigo 35, teremos o prazo de 76 dias para encerrá-la. De qualquer forma, lembre-se que tal prazo admite dilação justificada, na hipótese de complexidade do processo.
- *Competência*: como regra, a competência para processamento e julgamento dos crimes previstos na Lei é da Justiça Comum Estadual. Na hipótese de tráfico internacional a competência é da Justiça Comum Federal. Lembre-se do artigo 27 da Lei Antitóxicos, aplicado quando na comarca não houver sede de vara federal. Nessa hipótese, o processo tramitará perante a Justiça Estadual até a publicação da sentença. Eventual recurso de apelação será endereçado ao Tribunal Regional Federal.

4.2. Procedimento – Lei n. 10.409/2002

Visando dar maior clareza e objetividade na abordagem do novo procedimento, alinhamos na seqüência as principais novidades introduzidas pela nova Lei. Assim, podemos salientar que o legislador:

1.º) Visou ampliar o leque de meios operacionais de investigação, sem afastar aqueles criados e disciplinados na Lei do Crime Organizado (Lei n. 9.034/95), na Lei de Interceptações Telefônicas (Lei n. 9.296/96), ou no Código de Processo Penal. Veja o quadro:

Lei n. 10.409/2002

Infiltração de policiais	Artigo 33, inciso I
Não-atuação policial	Artigo 33, inciso II
Acesso a dados, documentos e informações	Artigo 34, inciso I
Vigilância de contas bancárias	Artigo 34, inciso II
Acesso a sistemas informatizados	Artigo 34, inciso III
Interceptação telefônica e ambiental	Artigo 34, inciso IV

2.º) Fixou prazos mais dilatados e improrrogáveis para a conclusão do inquérito policial, quer se trate de indiciado preso ou solto. Admitiu a duplicação desses prazos, mediante autorização judicial. Veja o quadro:

	Lei n. 6.368/76	Lei n. 10.409/2002
Remessa do inquérito	5 dias	15 dias
Duplicação do prazo	Automática, no caso de tráfico (artigo 35, parágrafo único).	Só para a conclusão e remessa do inquérito, desde que deferida pelo juiz (artigo 29, parágrafo único).

3.º) Introduziu o instituto da revelação eficaz, permitindo ao Ministério Público deixar de propor a ação penal ou a requerer a diminuição da pena, ao agente que revelar a existência de organização criminosa, ensejando a prisão de um ou mais de seus membros; viabilizar a apreensão da droga ou que, de qualquer maneira, contribuir para os interesses da Justiça (§ 2.º do artigo 32):

Revelação Eficaz – Lei n. 10.409/2002

Previsão legal	Artigo 32, §§ 2.º e 3.º
Iniciativa exclusiva	Ministério Público.
Acordo	Com o indiciado.
Fundamentação	É necessária. O Ministério Público, atento aos requisitos legais, apresentará a fundamentação ao juiz natural do processo que, se for o caso, homologará o acordo.
Homologação	Exige-se pelo juiz, que verificará a fundamentação do acordo estabelecido entre o Ministério Público e o indiciado, à luz dos requisitos legais (artigo 32, §2.º). Trata-se da aplicação do princípio da oportunidade regulada.
Requisitos	1.º Revelação espontânea ao Ministério Público; 2.º Eficácia da revelação, o que consiste na obtenção de um dos seguintes

	resultados: a) conhecimento da organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais de seus membros; b) apreensão da droga; c) contribuição para os interesses da Justiça;
Revelação eficaz tardia	Prevista no § 3.º do artigo 32, refere-se à revelação ofertada pelo indiciado após o oferecimento da denúncia, podendo o juiz deixar de aplicar a pena (perdão judicial) ou reduzi-la de 1/6 a 2/3, fundamentando sua decisão.
Consequências	Arquivamento do inquérito policial, o que a lei erroneamente denominou de "sobrestamento do processo", ou a redução da pena (artigo 32, § 2.º)

4.º) Permitiu a redução da pena, mesmo que a revelação eficaz seja posterior ao oferecimento da denúncia (§ 3.º do artigo 32);

5.º) Manteve as demais opções oferecidas ao Ministério Público, tal como a de requerer o arquivamento e a de requerer diligências, além, evidentemente, a de oferecer denúncia. Veja o quadro:

Recebimento do inquérito policial e as opções do Ministério Público	Artigo 37, inciso I
Requerimento do arquivamento	Artigo 37, inciso II. O inciso ora indicado utilizou a palavra "requisitar". Na sistemática do Código de Processo Penal as diligências devem ser requeridas ao juiz.
Oferecer denúncia	Artigo 37, inciso III
Deixar de propor a ação penal: arquivamento dos autos	Artigo 37, inciso IV

6.º) Fixou o prazo de 10 dias para o exame do inquérito policial, inclusive para o oferecimento de denúncia. Não há possibilidade de alteração desse prazo, quer porque a nova Lei não a prevê, quer porque o parágrafo único do artigo 35 da Lei n. 6.368/76 – que previa a duplicação de prazos procedimentais e processuais nos casos de tráfico de entorpecentes (artigos 12, 13 e 14) – foi tacitamente revogado pela Lei n. 10.409/2002. Veja o quadro:

Indiciado Preso

	Lei n. 6.368/76	Lei n. 10.409/2002
Oferecimento da denúncia	3 dias	10 dias
Duplicação do prazo	Automática, no caso de tráfico (artigo 35, parágrafo único).	Esse prazo não admite prorrogação ou duplicação.

7.º) Introduziu a defesa preliminar do denunciado, antes da decisão do recebimento ou rejeição da denúncia. Trata-se de ato de defesa imprescindível, devendo o magistrado suprir a eventual inércia do denunciado e de seu defensor. Diversamente do que normalmente verificamos no procedimento ordinário (artigos 394/405 e 498/502 do Código de Processo Penal), essa defesa prévia deve abordar inclusive questões preliminares ao exame do mérito da acusação, tais como as exceções previstas no artigo 95 do Código de Processo Penal que, como sabemos, tem aplicação subsidiária. Por outras palavras, a defesa prévia ora comentada deve esgotar *todos* os argumentos defensivos, de modo que possa ser alcançada a rejeição da denúncia. Nessa defesa poderão ser juntados documentos ou justificações e será o momento oportuno para a apresentação do rol e o requerimento de oitiva de testemunhas, sob pena de preclusão.

8.º) Instituiu o interrogatório antes do recebimento da denúncia, como forma de proporcionar ao denunciado um contato pessoal com o magistrado, dando maior eficiência à sua autodefesa (artigo 38). Registramos, no entanto, que há divergência sobre a existência desse interrogatório. Alguns sustentam, simplesmente sua inexistência, escorando-se na redação ambígua do § 1º do artigo 28. Outros admitem sua existência, mas sustentam ser impossível, no caso de denunciado preso, requisitá-lo no exíguo prazo de cinco dias. Essa segunda objeção desconsidera um fato: a Lei n. 6.368/76 já determinava o interrogatório no prazo de cinco dias (§ 3º do artigo 22).

9.º) Abriu ao Ministério Público a possibilidade de contrariar, se for o caso, os argumentos apresentados na defesa prévia, no prazo de cinco dias. Observa-se, assim, a instauração de um verdadeiro contraditório antes da decisão de recebimento ou rejeição da denúncia.

10.º) Permitiu ao juiz determinar diligências, que serão concretizadas no prazo de 10 dias, antes da decisão de recebimento ou rejeição da denúncia, que deverá ser prolatada em 5 dias.

11.º) Manteve a audiência de instrução e julgamento, nela introduzindo o interrogatório do réu, ao qual se seguirá a coleta da prova acusatória e defensiva. Encerrada a instrução, haverá debates orais pelo prazo de 20 minutos – para cada uma das partes – prorrogável por mais 10 minutos, a critério do juiz. Continua sendo possível a juntada de *memorial* na audiência, procedimento adotado especialmente pelos advogados. Não há previsão legal para a concessão de juntada de *memoriais* no prazo de três ou cinco dias da audiência de instrução, praxe observada no dia-a-dia forense, sem o amparo da Lei. O legislador quer que a decisão seja prolatada, de preferência, imediatamente após os debates. Se o juiz não se julgar habilitado a fazê-lo imediatamente, poderá prolatar a sentença em 10 dias.

12.º) O laudo de exame químico-toxicológico deverá ser juntado aos autos até o dia anterior ao designado para a audiência de instrução e julgamento (parágrafo único do artigo 31).

MÓDULO V

Lei dos Crimes Hediondos – Lei n. 8.072/90

1. CRITÉRIO DE CLASSIFICAÇÃO

O critério de classificação é o legal.

Os crimes hediondos são os definidos pela Lei n. 8.072, de 25.7.1990, publicada no *Diário Oficial da União* no dia seguinte, data em que entrou em vigor (art. 12). A referida lei sofreu alterações de destaque. Assim, a Lei n. 8.930, de 6.9.1994, introduziu no rol fechado, definido no art. 1.º da Lei n. 8.072/90, o crime de homicídio simples, desde que praticado em atividade típica de grupo de extermínio. Incluiu, também, todas as hipóteses de homicídio qualificado (§ 2.º do art. 121 do CP). Descaracterizou, ainda, o crime de envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal com resultado morte como hediondo (art. 270 c.c. e art. 285, ambos do CP). A Lei n. 9.695, de 20.8.1998, por sua vez, incluiu no rol dos delitos hediondos o art. 273, *caput* e § 1.º, “a” e “b”, do CP (crime de falsificação (...) de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, entre outros definidos no supracitado artigo).

Os crimes hediondos têm sua gênese no art. 5.º, XLIII, da CF. Segundo a CF, “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes definidos como hediondos”. Vê-se, assim, que a CF indicou alguns crimes, chamados pela doutrina de crimes assemelhados aos hediondos, a eles se estendendo a aplicação da Lei n. 8.072/90. Assim, são crimes assemelhados aos hediondos a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e o terrorismo.

2. O ROL DOS CRIMES HEDIONDOS

Estão previstos no art. 1.º da Lei n. 8.072/90, são eles:

I – homicídio simples (art. 121, *caput*, do CP), desde que cometido em atividade típica de grupo de extermínio e todas as formas de homicídio qualificado (§ 2.º, I (torpe), II (fútil), III (meio cruel), IV (recurso que impossibilita ou dificulta a defesa da vítima) e V (para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime));

II – latrocínio (art. 157, § 3.º, *in fine*, do CP);

III – extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2.º, do CP);

IV – extorsão mediante seqüestro (art. 159, *caput* e §§ 1.º, 2.º e 3.º, do CP);

V – estupro (art. 213 c.c. art. 223, *caput* e seu par. ún.);

VI – atentado violento ao pudor (art. 214 c.c. art. 223, *caput* e seu par. ún.);

Atenção: segundo recente decisão do STF, só são considerados hediondos o estupro e o atentado violento ao pudor desde que praticados com violência real, desta resultando lesão grave ou morte da vítima (HC n. 80.479, Rel. Nélson Jobim, j. 5.12.2000).

VII – epidemia com resultado morte (art. 267, § 1.º, do CP);

VII B – falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e seu § 1.º, do CP).

Parágrafo único: Genocídio, considerado crime contra a humanidade. A Lei n. 2.889/56 define os comportamentos típicos e respectivas sanções.

Não são hediondos, entre outros:

- os crimes militares, porquanto não se encontram arrolados no art. 1.º da Lei n. 8.072/90;
- o homicídio privilegiado-qualificado, porque prevalece o privilégio (circunstância subjetiva, art. 67 do CP);
- o roubo simples e as hipóteses de roubo qualificado, salvo com o evento morte;

- a extorsão simples, a qualificada pelo § 1.º, ou com o resultado lesão grave;
- o envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal com resultado morte (art. 270 c.c. o art. 285, do CP), desde 1994.

3. OS CRIMES ASSEMELHADOS AOS HEDIONDOS

Os crimes assemelhados estão previstos no art. 5.º, XLIII, da CF/88, são eles:

- *terrorismo*: para alguns, o terrorismo está tipificado no art. 20 da Lei n. 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional). Para outros, esse dispositivo legal faz somente menção ao terrorismo, mas não o descreve;
- *tortura*: a Lei n. 9.455/97 disciplinou a tortura, previu punições e revogou expressamente o art. 233 do ECA;
- *tráfico ilícito de entorpecentes*: arts. 12, 13 e 14 da Lei n. 6.368/76 (Lei Antitóxicos).

MÓDULO VI

1. CONSEQÜÊNCIAS DA HEDIONDEZ

1.1. Art. 2.º, I, da Lei n. 8.072/1990

A primeira consequência da hediondez está prevista no inc. I do art. 2.º da lei em estudo. Por ele, os crimes hediondos e assemelhados são insuscetíveis de anistia, graça ou indulto. Ocorre que a CF, em seu art. 5.º, XLIII, só vedou aos referidos crimes a concessão de graça e anistia. Poderia a Lei dos Crimes Hediondos ter vedado, também, o indulto? Há controvérsia, advindo duas posições:

- *1.ª posição:* a vedação ao indulto não fere a CF, pois o texto, ao mencionar a graça, o fez em termos genéricos, no sentido de clemência, indulgência. Nesse sentido: Damásio de Jesus, Fernando Capez e Luiz Vicente Cernicchiaro.
- *2.ª posição:* a proibição à concessão do indulto é inconstitucional. Primeiro, porque o legislador ordinário não poderia tê-lo incluído, pois não foi mencionado na CF. Segundo, a CF dispõe que a concessão do indulto é atribuição exclusiva do Presidente da República (art. 84, XII, da CF). Assim sendo, não poderia o legislador ordinário limitá-lo no exercício dessa atribuição. Veja, nesse sentido: Alberto Silva Franco.

1.2. Art. 2.º, II – Proibição da Concessão de Fiança e Liberdade Provisória

No tocante à fiança, a proibição é, praticamente, inócua. Ora, ela não pode ser concedida, segundo o CPP, nos crimes punidos com reclusão cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça (art. 323, V). Com essa vedação prevista no CPP, dos crimes hediondos, à exceção da epidemia com resultado morte (art. 267, § 1.º, do CP) e da falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput*, e § 1.º, "a" e "b", do CP), todos os demais são cometidos com violência ou grave ameaça. Assim, sem examinar a pena mínima, nunca foram afiançáveis. Recordamos que o estupro e o atentado violento ao pudor, praticados com violência presumida (art. 224 do CP), não são considerados hediondos. Pois bem, mesmo os dois crimes que restaram (arts. 267, § 1.º, e 273, ambos do CP) não são afiançáveis em razão da pena mínima cominada em abstrato ser superior a 2 anos (20 e 10 anos, respectivamente). Nem sequer na hipótese tentada a fiança seria possível, porquanto a pena mínima, aplicado o redutor máximo, seria, respectivamente, de 6 anos e 8 meses e 3 anos e 4 meses. Quanto aos crimes assemelhados aos hediondos, afastamos, desde logo, a tortura e o terrorismo, ambos praticados com violência ou grave ameaça à pessoa. No que concerne ao tráfico de entorpecentes (arts. 12, 13 e 14), suas penas mínimas, fixadas abstratamente em 3 anos, tornam inviável a fiança. A hipótese de tentativa é possível tecnicamente, todavia de difícil reconhecimento na prática. Nos dois primeiros (arts. 12 e 13), porque são crimes de ação múltipla ou de conteúdo variado. No crime de associação (art. 14), trata-se de crime formal ou de consumação antecipada, circunstância que também dificulta a figura tentada.

Crimes	Pena mínima abstrata	Pena mínima – tentativa
Art. 267, § 1.º	20 anos	6 anos e 8 meses
Art. 273, <i>caput</i> , e § 1.º	10 anos	3 anos e 4 meses
Arts. 12, 13 e 14 da Lei Antitóxicos	3 anos	1 ano

Quanto à liberdade provisória, repete-se a discussão que ocorreu no inciso anterior, porque aqui também a CF não a vedou. O inc. LXVI do art. 5.º da CF, entretanto, ampara a vedação ora estudada, porque deixa à lei a escolha dos casos em que será possível ou não a liberdade provisória, com ou sem fiança. A vedação à liberdade provisória sem fiança, portanto, é constitucional (STF, HC n. 73.978-RJ).

Há, no entanto, outra posição. Essa sustenta a inconstitucionalidade, baseada na relação fechada de hipóteses prevista no art. 5.º, XLIII, da CF (STJ, HC n. 5.247-RJ). O STJ é avesso a qualquer tipo de prisão obrigatória que decorra de lei, devendo o Juiz analisar a questão das prisões cautelares à luz da necessidade delas.

1.3. Art. 2.º, § 1.º – Regime de Cumprimento de Pena

O § 1.º do art. 2.º é norma constitucional, reconhecida como tal pelo Plenário do STF (HC n. 69.657 e n.

70.939). Há, no STJ, vários precedentes no mesmo sentido. Segundo os acórdãos dos tribunais mencionados, o trabalho de individualização da sanção não se esgota com a fixação do regime de cumprimento da pena. Não se vislumbra, portanto, ofensa ao princípio da individualização da pena.

1.4. Outras Implicações Decorrentes do Regime Integralmente Fechado

1.4.1. Livramento condicional

Perfeitamente aplicável aos crimes hediondos ou assemelhados. Segundo o inc. V do art. 83 do CP, o condenado deve ter cumprido 2/3 da pena, em se tratando de crime hediondo ou assemelhado, e não poderá ser reincidente específico (condenações por crimes hediondos ou assemelhados).

1.4.2. Suspensão condicional da pena – sursis

A jurisprudência inclina-se a não admiti-lo quando se tratar de crime hediondo ou assemelhado. Precedentes do STJ ressaltam que o instituto é incompatível com a natureza dos crimes ora estudados. Na doutrina, Damásio E. de Jesus e Luiz Flávio Gomes sustentam posição diversa, já que não vislumbram incompatibilidade legal ou lógica no presente caso.

1.4.3. Penas alternativas

Há divergência na doutrina e na jurisprudência sobre a possibilidade de substituição da pena privativa por alternativa, no caso do tráfico de entorpecentes. É predominante nos tribunais o entendimento no sentido de que a pena alternativa é insuficiente para satisfazer a necessidade de repressão estatal. Ademais, a redação do § 1.º do art. 2.º da Lei n. 8.072/1990 estaria indicando que a pena deveria ser efetivamente cumprida. A sanção alternativa deve incidir nos crimes de pequeno e médio potencial ofensivo, classificações nas quais o tráfico de entorpecente definitivamente não se enquadra. Há na doutrina entendimento diverso, não reconhecendo qualquer incompatibilidade entre penas alternativas e o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

1.4.4. Lei de Tortura (Lei n. 9.455/1997)

A lei em epígrafe não revogou o § 1.º do art. 2.º da Lei dos Crimes Hediondos. Assim, admite-se a progressão nos regimes de cumprimento de pena somente na hipótese de condenação por crime de tortura (art. 1.º, § 7.º, da Lei n. 9.455/1997). Essa é a posição do STF (Plenário, HC n. 76.371-SP). Há precedentes nesse sentido no STJ, como no HC n. 10.726-SP. Há posição minoritária, na doutrina e na jurisprudência, sustentando o oposto.

a) Art. 2.º, § 2.º – apelação em liberdade

Em primeiro lugar, registre-se que o STJ consagrou, na Súmula n. 9, que a exigência de prisão provisória para apelar não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência. A decisão deve ser fundamentada e tomada com base no poder geral de cautela do Juiz. O art. 2.º, § 2.º, da Lei n. 8.072/1990 revogou o art. 35 da Lei Antitóxicos (veda a apelação em liberdade nas condenações pelos crimes definidos nos arts. 12 ou 13). É a posição que predomina no STF e no STJ. Assim, o Juiz poderá permitir a apelação em liberdade em qualquer hipótese, desde que o faça fundamentadamente, baseando-se na desnecessidade da custódia cautelar. Não poderá conceder tal direito, todavia, se o réu já se encontrava preso durante a instrução. Há outras posições minoritárias:

- o art. 35 não foi revogado, de modo que continua sendo vedada a apelação em liberdade;
- o art. 35 não foi revogado inteiramente. A proibição de apelar em liberdade é a regra, enquanto a hipótese contrária (apelação em liberdade) é a exceção.

b) Art. 2.º, § 3.º – aumento do prazo de prisão temporária

A prisão temporária é regulada pela Lei n. 7.960/1989, que discrimina os crimes e as hipóteses que a ensejam. O prazo é de 5 dias, podendo ser renovado por igual período. Nos casos de crimes hediondos e assemelhados, o referido prazo é de, no máximo, 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por igual período. Esse prazo não pode ser computado no prazo de instrução para efeito de eventual constatação de constrangimento ilegal.

MÓDULO VII

1. CRIMES HEDIONDOS

1.1. Art. 7.º – Delação eficaz

Trata-se de causa de diminuição de pena, específica para o crime de extorsão mediante seqüestro, praticado em concurso de pessoas. O art. 7.º da Lei n. 8.072/1990 introduziu um novo parágrafo (§ 4.º) no art. 159 do CP.

1.1.1. Pressupostos de delação eficaz

- Tratar-se de crime de extorsão mediante seqüestro (art. 159 do CP).
- Prática do crime em concurso de pessoas (co-autoria ou participação).

1.1.2. Requisitos da delação

- A delação deve ser feita à autoridade, ou seja, ao Delegado de Polícia, Juiz de Direito ou Promotor de Justiça.
- A delação deve ser eficaz, isto é, deve proporcionar a libertação do seqüestrado.

1.1.3. Efeito da delação

O Juiz deve reduzir a pena do réu delator à razão de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços). Quanto maior tiver sido sua contribuição para a libertação do seqüestrado, tanto maior será a redução de sua sanção privativa de liberdade. Trata-se, evidentemente, de circunstância de caráter pessoal que não se comunica aos demais agentes.

1.2. Art. 8.º, par. ún. – Traição Benéfica

Trata-se de outra causa de diminuição. O dispositivo prevê diminuição de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) da pena do “participante” que delatar à autoridade o bando ou a quadrilha. A causa, como se percebe, é diversa daquela vista no art. 7.º. A traição benéfica será reconhecida quando as informações prestadas pelo réu colaborador propiciarem o desmantelamento da quadrilha ou bando.

1.2.1. Pressupostos da traição benéfica

- Tratar-se de crime de quadrilha ou bando (art. 288 do CP).
- Que essa quadrilha ou bando tenha por finalidade a prática de crimes hediondos ou assemelhados (crimes visados).

1.2.2. Requisitos da traição benéfica

- Delação à autoridade (Delegado, Promotor ou Juiz) sobre a existência da quadrilha ou do bando.
- A delação precisa ser eficaz, ou seja, deve proporcionar o desmantelamento da quadrilha ou bando.

1.2.3. Efeito da traição benéfica

A pena do crime de quadrilha deve, obrigatoriamente, ser reduzida de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços). A escolha entre o mínimo e o máximo dependerá da maior ou menor contribuição do réu para o desmantelamento da quadrilha ou bando. Caso o traidor tenha praticado ou concorrido para o cometimento dos crimes realizados pela quadrilha, a redução decorrente do benefício em estudo recairá exclusivamente sobre a pena referente à infração definida no art. 288 do CP. A doutrina admite a aplicação desse benefício ao art. 14 da Lei Antitóxicos, aplicando-se analogia.

1.3. Art. 8.º da Lei n. 8.072/90 e o art. 14 da Lei de Antitóxicos

O art. 8.º da Lei n. 8.072/90 dispõe que será de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do CP quando se tratar de crimes hediondos ou assemelhados. Sabemos que entre os assemelhados encontra-se o tráfico de entorpecentes.

Ocorre que a Lei Antitóxicos prevê, no art. 14, o crime de associação. Esse delito exige a presença de, no mínimo, duas pessoas ligadas pelo vínculo associativo e pela predisposição de praticarem um número indeterminado de infrações penais. As infrações visadas, no caso do citado art. 14, devem ser as definidas nos arts. 12 ou 13 da Lei n. 6.368/76. A pena é de 3 (três) a 10 (dez) anos de reclusão e 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Ora, a comparação do art. 14 da Lei Antitóxicos, com o art. 8.º da Lei dos Crimes Hediondos, pode levar o intérprete à conclusão de que o tipo penal previsto na Lei n. 6.368/76 teria sido revogado. Tal conclusão não estaria amparada na jurisprudência dominante. Para o STF, o preceito primário do art. 14 permanece em vigor. Sua sanção (preceito secundário), no entanto, passou a ser aquela indicada pelo art. 8.º da Lei n. 8.072/90. Assim, o art. 14 da Lei Antitóxicos pune com reclusão de 3 (três) a 6 (seis) anos. O art. 8.º não previu pena pecuniária.

1.4. Art. 9.º da Lei n. 8.072/90 – Aumento de Pena

Esse artigo dispõe que a pena será aumentada de metade nos crimes nele relacionados quando a vítima se encontrar numa das condições do art. 224 do CP (vítima não maior de 14 anos, alienada ou débil mental, ou que não podia, por qualquer outra causa, oferecer resistência). Frisamos que o art. 9.º não incide sobre todos os crimes hediondos ou assemelhados, mas unicamente naqueles por ele indicados.

O Juiz, ao aplicar o aumento, não poderá exceder o limite de 30 (trinta) anos.

Quanto à questão do estupro e do atentado praticados com violência presumida, entendia-se que eram crimes hediondos. Assim, aplicava-se a causa de aumento em questão. O STF entendia que a dupla utilização do art. 224 do CP, ora para tipificar o estupro ou o atentado violento ao pudor, ora para aumentar a pena de metade, não constituía *bis in idem*. Tal posicionamento, todavia, foi sempre criticado pela doutrina e não foi adotado pelo STJ. Atualmente, tais infrações não são mais consideradas crimes hediondos, razão pela qual não se cogita a aplicação do art. 9.º da Lei n. 8.072/90. O mesmo se verifica com o estupro e o atentado violento ao pudor, nas suas formas fundamentais. Não se aplica o art. 9.º pelo fato de não serem crimes hediondos. Para serem hediondos, o estupro e o atentado violento ao pudor devem ser praticados com violência real, dela resultando lesão grave ou morte da vítima (art. 223, *caput* ou o seu par. ún.).

MÓDULO VIII

1. SONEGAÇÃO FISCAL - Lei n. 8.137/90 – CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

Os crimes estão previstos nos arts. 1.º, 2.º e 3.º. As figuras típicas inseridas nos arts. 1.º e 2.º são praticadas pelo particular contra o erário, enquanto que as do art. 3.º exigem sujeito ativo com qualidade especial, ou seja, só podem ser cometidas por funcionários públicos (crime funcional).

Art. 1.º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal, ou documento equivalente, relativa à venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inc. V.

Art. 2.º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Art. 3.º Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (Título XI, Capítulo I):

I - extraviar livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento, de que tenha a guarda em razão da função; sonegá-lo, ou inutilizá-lo, total ou parcialmente, acarretando pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social;

II - exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente. Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

III - patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público.

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Os crimes definidos no art. 1.º são de resultado, punidos com reclusão de 2 a 5 anos e multa. A suspensão

condicional do processo é inviável, ressalvada a hipótese de tentativa, haja vista ser a pena mínima de 2 anos. Cabe suspensão condicional da pena, desde que tenha sido fixada no mínimo pelo Juiz. É possível a substituição da pena privativa por alternativa, nos termos do disposto nos arts. 43 a 47 do CP.

Com relação ao art. 2.º, sendo a pena mínima de seis meses de detenção, não há óbice ao “sursis processual”. No mais, segue-se a orientação dada em relação ao art. 1.º.

Quanto aos crimes funcionais (art. 3.º), a suspensão condicional do processo cabe no caso do inc. III, punido com reclusão de 1 a 4 anos.

Atenção: a substituição prevista no art. 9.º só é cabível nos crimes contra a ordem econômica e as relações de consumo (arts. 4.º a 7.º).

1.1. Competência

É necessário verificar o sujeito passivo. Tratando-se da União, é competente a Justiça Federal. Se o tributo é estadual ou municipal, a competência será da Justiça Estadual.

1.2. Extinção da Punibilidade

O art. 14 da Lei n. 8.137/90 foi revogado. O tema foi novamente tratado em 1995, por meio do art. 34 da Lei n. 9.249, de 26.12.95. Segundo o dispositivo, o agente que promover o pagamento do tributo e seus acessórios, antes do recebimento da denúncia, nos casos dos arts. 1.º e 2.º da Lei n. 8.137/90, terá extinta a sua punibilidade. Estabeleceu-se uma discussão sobre o pagamento parcelado, com o surgimento de três posições:

1.ª) Predominante, afirma que extinção da punibilidade só ocorrerá com o cumprimento integral do acordo estabelecido com o fisco, antes do recebimento da denúncia. Há vários precedentes no STF.

2.ª) Basta o acordo e o pagamento das primeiras parcelas. Nesse sentido algumas decisões do STJ.

3.ª) Argumenta que o acordo com o fisco estabeleceria uma causa suspensiva para a aplicação da extinção da punibilidade. Se todas as parcelas forem pagas extingue-se a punibilidade. Caso contrário, será o agente responsabilizado penalmente.

Frise-se que a Lei n. 9.964/2000, que instituiu o Programa de Recuperação Fiscal – REFIS, circunscrito a débitos tributários de pessoas jurídicas com vencimento até 29 de fevereiro de 2000, no seu artigo 15, *caput*, reza que será suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes definidos nos arts. 1.º e 2.º da Lei n. 8.137/1990, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos citados crimes estiver incluída no REFIS, desde que a inclusão no aludido programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia. Durante a suspensão da pretensão punitiva, não corre a prescrição (§ 1.º do art. 15). Cumprido o acordo com o fisco, com o pagamento integral dos débitos, extingue-se a punibilidade dos agentes, nos termos do § 3.º do dispositivo supracitado.

Nota-se que a Lei n. 9.964, de 10.04.2000, vinculou a extinção da punibilidade do agente ao pagamento integral do débito, o que reforça a tese adotada no STF (1.ª posição).

1.3. Ação Penal

A ação penal é pública incondicionada nos crimes previstos nos arts. 1.º, 2.º e 3.º.

Após o advento da Lei n.9.430/1996, especificamente o seu art. 83, vedou-se à autoridade fazendária remeter notícia de crime (que o artigo chama de “representação”) ao Ministério Público antes do término do procedimento administrativo fazendário.

Deixa-se claro que o mencionado art. 83 não criou uma condição de procedibilidade para o exercício da ação penal. Na verdade, ele traduz uma simples ordem dada à autoridade fazendária. Evidentemente, se o Ministério Público dispuser de elementos para dar início à ação penal, deverá fazê-lo.

O fundamento da conclusão acima exposta assenta-se no princípio da autonomia das instâncias (penal e administrativa) e na não reformulação do art. 15 da Lei 8.137/90 (posicionamento do plenário do STF).

1.4. Sujeito Ativo e Passivo

Nos crimes definidos nos arts. 1.º e 2.º, o sujeito ativo é o contribuinte. Também poderão praticar os crimes supracitados o contador, o advogado, entre outros.

O sujeito ativo do art. 3.º é o funcionário público (crime próprio e funcional típico).

O sujeito passivo é o Erário.

1.5. Denúncia

Quando a pessoa jurídica é utilizada para a prática de crime contra a ordem tributária há dificuldade para a individualização das condutas. É por tal razão que o STF orienta que, nesses casos, atenua-se o rigorismo do art. 41 do CPP.

A orientação mencionada, entretanto, não legitima a acusação temerária, feita sem um mínimo de investigação processual, de molde a excluir, desde logo, do pólo passivo da ação penal, as pessoas que, embora figurem no contrato social, não têm qualquer poder de comando.

1.6. Delação Premiada

Redução de 1/3 a 2/3 da condenação nos crimes da Lei n. 8.137/1990, cometidos em co-autoria ou quadrilha, ao agente que revelar toda a trama delituosa. Não se exige o desmantelamento de quadrilha, contentando-se a Lei com as informações detalhadas acerca do cometimento da infração, tais como o tempo do crime, seus agentes, o modo de execução, vantagem obtida com o ilícito etc. A confissão deve ser espontânea.

Requisitos da delação:

- a) crimes previstos na Lei;
- b) praticados em concurso ou quadrilha;
- c) delação à autoridade policial ou judicial, sendo revelada toda a trama delituosa;
- d) delação espontânea.

A redução é obrigatória e personalíssima.

MÓDULO IX

SONEGAÇÃO FISCAL - LEI N. 8.137/90 - CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

1. ART. 1.º

“*Caput*: constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I – omitir informação ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias.”

Não só os do inc. I, mas todos do art. 1.º são crimes materiais (conduta e resultado). O resultado é a efetiva supressão ou redução de tributo (contribuição social e acessórios).

É crime que admite tentativa: quando se praticam todos os atos, mas não se consegue reduzir ou suprimir a obrigação tributária.

É crime de forma vinculada (todo o art. 1.º), pois só pode ser praticado segundo as condutas dos incisos.

O inc. I é muito abrangente, mas há condutas específicas em outros incisos.

O crime definido no inc. I do art. 1.º da Lei visa assegurar a confiabilidade ou credibilidade das informações transmitidas ao Fisco, para que esse possa proceder ao lançamento dos tributos. Um dos comportamentos típicos mais freqüente na prática é a prestação de declaração falsa em escritura pública de compra e venda de imóveis, com o objetivo de reduzir o pagamento do Imposto de Transmissão Imobiliária (ITBI).

Recorda-se, mais uma vez, que o crime só se consumará com a efetiva redução ou supressão do tributo. É crime que se assemelha à falsidade ideológica ou material previstas no Código Penal. Evidentemente, a figura da lei especial prevalece.

A conduta típica deve recair sobre quaisquer objetos previstos no tipo. Podem ser documentos de pessoa jurídica ou de pessoa física.

“II – fraudar a fiscalização tributária inserindo elementos inexatos ou omitindo operação de qualquer natureza em documento ou livro exigido pela lei fiscal.”

O objeto material nesse inciso deve ser obrigatoriamente exigido pela lei fiscal; é necessário que lancemos mão do regulamento do tributo para verificar quais são tais documentos. Ex.: é obrigatório para a apuração do ICMS o livro de registro de saída e de entrada de mercadorias. Isso se verifica no Decreto n. 33.118/91, que regulamenta o ICMS no Estado de São Paulo.

“III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável.”

Significa rasura no documento antes perfeito (falsificação grosseira da nota fiscal no talonário).

A falsificação consiste na contrafação dos objetos materiais previstos no inciso (o rol de objetos materiais não é exaustivo; é exemplificativo). Na “alteração”, por sua vez, o agente faz modificações de qualquer espécie no documento, tais como rasuras ou acréscimos no documento previamente elaborado.

“IV – elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato.”

A fraude é feita com documentos inidôneos (*frios*). Ex.: ICMS – o agente adquire talões de empresas já encerradas e faz nota fictícia de mercadoria comprada, o que reduz o imposto, lançando no registro de entrada.

Pune-se por dolo ou dolo eventual com a mesma sanção.

O inc. IV pune tanto aquele que tem conhecimento inequívoco da falsidade do documento como aqueles que utilizam-no sabendo que eram falsos.

“V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.”

O crime visa evitar a evasão de receitas, por meio da venda de produtos ou prestação de serviços sem a emissão da nota fiscal.

O dispositivo que trata do crime ora estudado revogou o inc. IV do art. 2.º da Lei de Economia Popular (Lei n. 1.521/51) e difere do art. 172 do CP (crime de duplicata simulada), porque neste não houve operação nenhuma, é tudo fictício, enquanto no crime em estudo houve uma efetiva operação mercantil.

O par. ún. do art. 1.º trata de delito de mera conduta, não é material, pois sua consumação independe da efetiva redução, supressão do tributo; é um delito que se assemelha ao crime de desobediência previsto no art. 330 do CP; consiste em deixar de atender exigência de autoridade fazendária no prazo legal de 10 dias e poderá ser convertido em horas a critério da fiscalização tributária. Embora não se exija para a consumação do crime a efetiva supressão ou redução do tributo, é imprescindível que o contribuinte seja notificado por escrito, sendo alertado sobre a exigência a ser cumprida e sobre o prazo em que deverá fazê-lo.

O parágrafo visa assegurar aos agentes fiscais o livre acesso a livros, documentos fiscais, mercadorias, para poder efetuar a fiscalização.

É crime punido com as mesmas penas reservadas aos incisos que lhe antecedem.

A tentativa é impossível, porque se trata de crime omissivo; o dolo, por sua vez, exigido pelo tipo, consiste em deixar de atender a exigências da fiscalização para suprimir ou reduzir o pagamento do tributo.

2. ART. 2.º

Todos os delitos previstos no art. 2.º são formais.

É crime contra a ordem tributária, que não exige a consumação, pois não é crime material.

“I – fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo.”

Aparentemente, esse inc. I do art. 2.º é idêntico ao mesmo inciso do art. 1.º, entretanto, as sanções são extremamente distintas, muito mais graves no art. 1.º; faz-se necessária uma forma de interpretação que possa diferenciá-los. Nesse sentido, encontramos duas correntes:

- a primeira entende que o art. 2.º, inc. I, é a forma tentada do inc. I do art. 1.º da Lei;
- a segunda afirma que no inc. I do art. 2.º, o agente, desejando suprimir ou reduzir tributo, insinua uma situação de isenção fiscal que não se coaduna com a sua real situação. Assim, o “eximir-se”, encontrado no art. 2.º, inc. I, nada mais é do que uma isenção fiscal; tanto isso é verdade, que o legislador, no inciso ora estudado, não inseriu as contribuições sociais e as obrigações acessórias, porque essas não se submetem ao regime de isenção fiscal.

Essa última posição é a que parece ser a mais acertada; ela é sustentada por Rui Stoco ao comentar o tema no *Código Interpretado*, de Alberto Silva Franco e outros.

Observação: os núcleos são 3 – fazer declaração, omitir ou empregar outra fraude com a finalidade de pagar menos ou nenhum tributo.

O crime admite a forma tentada nos comportamentos comissivos “fazer e empregar”; o omissivo, evidentemente, não permite. No tocante ao dolo, exige-se uma finalidade especial de praticar um comportamento típico para suprimir ou reduzir tributo.

“II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos.”

É crime semelhante ao de apropriação indébita e é imprescindível a constatação do dolo para que ele se consuma.

Se foi ato isolado, não é crime; já, se a conduta é reiterada, configura-se o dolo.

Se a ação consistir em não efetivar o recolhimento de contribuições devidas ao INSS, aplica-se o art. 95, “d”, da Lei n. 8.212/91 (Lei da Seguridade Social). Trata-se de crime especial e que afasta a aplicação do inc. II ora estudado.

O crime previsto no inc. II exige a comprovação cabal do dolo.

Consumação: trata-se de crime formal, a consumação ocorrerá no momento em que o tributo não for

recolhido, respeitado o prazo legal.

Os incs. III e V visam assegurar a aplicação correta dos incentivos fiscais, além de procurar evitar o comércio na captação de incentivos. Aqui, excepcionalmente, poderemos ter como sujeito ativo funcionários de instituições financeiras privadas que atuem na captação dos incentivos fiscais. Ex.: pessoa que recebe dinheiro para fazer reflorestamento e compra apartamento.

Inc. V – pune o “caixa 2 eletrônico”. “Divulgar ou utilizar programa de processamento de dados que permite ao contribuinte possuir informação contábil diversa daquela que é fornecida à Fazenda Pública.”

É crime formal. Embora a finalidade seja suprimir ou reduzir o pagamento de tributo, ela não é exigida para a consumação do delito.

3. ART. 3.º

É crime funcional.

Incs. I e II: a pena é de 3 a 8 anos de reclusão.

Inc. III: pena de 1 a 4 anos de reclusão.

Sujeito ativo: funcionário público, ligado à Administração Fazendária.

I – o dispositivo que trata do delito foi inspirado no art. 314 do CP. Pune-se quem (funcionário público) extravia, sonega ou inutiliza, total ou parcialmente, livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento de que tenha a guarda em razão da função. Trata-se de delito material, porque do comportamento deve advir o pagamento inexato ou indevido de tributo.

II – o legislador fez a junção do crime de concussão (art. 316 do CP) com a corrupção passiva prevista no art. 317 do CP. Tal como ocorre com esses delitos, o previsto pelo inc. II é crime formal – embora a finalidade do agente seja a obtenção de uma indevida vantagem no exercício da sua função, ela não é exigida para que haja a consumação do crime.

III – está tipificado o comportamento de advocacia administrativa perante a Administração Fazendária.

O comportamento consiste em patrocinar interesse privado perante a Administração Fazendária, valendo-se o funcionário de sua especial qualidade.

Esse crime é de mera conduta, consumando-se quando o funcionário postula o interesse privado.

3.1. Notas Gerais

Trata-se de crimes próprios, ou seja, o sujeito ativo deve ser funcionário público, ligado à Administração Fazendária.

Art. 514 do CPP (defesa preliminar): os crimes funcionais podem estar no CP e fora dele. Nos crimes funcionais típicos, aplica-se o art. 514 do CPP.

Não é aplicado para todos os delitos, mas só para os afiançáveis (cuja pena mínima não ultrapasse dois anos)

Para os crimes consumados, só se aplica o art. 514 para o inc. III. Na forma tentada, aplica-se o art. 514 nos 3 incisos.

Considerados os três incisos do art. 3.º da Lei 8.137/90, nas suas formas consumadas, o único dispositivo que trata de delito afiançável é o inc. III, porque a sua pena é de, no mínimo, um ano de reclusão.

Para aplicar o art. 14 aos demais incisos, é necessária a forma tentada, o que fará reduzir a pena mínima de 3 anos para um ano de reclusão.

Se a providência do art. 514 for posta de lado, o STF entende que a instauração de um processo para a apuração do crime afasta a exigência prevista no art. 514 do CPC.

O mesmo ocorre se a infração funcional típica for apurada juntamente com outra infração de natureza distinta. Há ainda a possibilidade de reconhecimento de nulidade relativa, o que demandaria a prova de prejuízo.

MÓDULO X

Armas de Fogo

1. LEI N. 9.437/97

Essa lei instituiu o SINARM – Sistema Nacional de Armas, regulamentou o registro e o porte de armas de fogo, bem como definiu crimes, além de outras providências.

Sua regulamentação deu-se com o Dec. n. 2.222, de 8.5.1997. Sua publicação, em 9.5.1997, condicionou a entrada em vigor do art. 10 da Lei n. 9.437/97, ocorrida em 8.11.1997 (STJ, *HC* 7.423, *DJU* de 15.6.1998).

2. CONCEITO DE SINARM

O Sistema Nacional de Armas, criado no âmbito da Polícia Federal, sob a coordenação do Ministério da Justiça, tem suas incumbências definidas, basicamente, no art. 2.º da Lei n. 9.437/97. São elas:

- Identificar as características e a propriedade de armas de fogo, mediante cadastro.
- Cadastrar as armas de fogo produzidas, importadas e vendidas no País.
- Cadastrar as transferências de propriedade, o extravio, o furto, o roubo e outras ocorrências suscetíveis de alterar os dados cadastrais.
- Identificar as modificações que alterem as características ou o funcionamento de arma de fogo.
- Integrar no cadastro os acervos policiais já existentes.
- Cadastrar as apreensões de arma de fogo, inclusive as vinculadas a procedimentos policiais e judiciais.

O SINARM não alcança:

- As armas de fogo das Forças Armadas e auxiliares.
- As armas de fogo de atiradores, caçadores e colecionadores.

3. REGISTRO

3.1. Conceito

É o documento expedido pela autoridade competente, após prévia autorização do SINARM, que permite a posse de arma de fogo em residência ou dependência dessa, ou no local de trabalho, desde que o interessado seja titular ou representante legal da empresa ou estabelecimento. É o que dispõe o art. 4.º da Lei n. 9.437/97.

Segundo dispõe o art. 8.º do Dec. n. 2.222/97, para os efeitos do disposto no art. 4.º da Lei n. 9.437/97, considerar-se-á titular do estabelecimento ou empresa todo aquele assim definido em contrato social, e responsável legal o designado, em contrato individual de trabalho, com poderes de gerência.

3.2. Características do Registro

- É obrigatório, excetuando-se as armas obsoletas. O conceito dessas é encontrado no art. 3.º do Dec. n. 2.222/97 e no art. 3.º, inc. XXI, do Dec. n. 3.665/2000: arma de fogo que não se presta mais ao uso normal, devido a sua munição ou seus elementos não serem mais fabricados, ou por ser ela própria de fabricação muito antiga, ou de modelo muito antigo ou fora de uso.

Atenção: O porte funcional não afasta a obrigatoriedade do registro da arma de fogo.

- Tem validade nacional (art. 4.º da Lei n. 9.437/97).
- As armas de uso permitido são registradas pelas Polícias Cíveis dos Estados e do Distrito Federal.

Armas de fogo de uso permitido: arma cuja utilização é permitida a pessoas físicas em geral, bem como a

peças jurídicas, de acordo com a legislação normativa do Exército Nacional (art. 3.º, inc. XVII, do Dec. n. 3.665/2000). A classificação dessas armas, mediante a definição de parâmetros técnicos, é encontrada no art. 17 do decreto supracitado. Podemos, com base no referido art. 17, exemplificar, indicando as armas de fogo curtas, de repetição ou semi-automáticas, de calibres .22LR, .25 Auto, .32 Auto, .32 S&W, .38 SPL e .380 Auto.

- As armas de uso restrito são registradas no Exército Nacional, tendo atribuição a Região Militar do domicílio dos interessados, na condição de atiradores, caçadores e colecionadores.
- Armas de uso restrito: armas que só podem ser utilizadas pelas Forças Armadas, por algumas instituições de segurança, e por pessoas físicas e jurídicas habilitadas, devidamente autorizadas pelo Exército Nacional, de acordo com a legislação específica (inc. XVIII do art. 3.º do Dec. n. 3.665/2000). Consoante dispõe o art. 16 do citado decreto, são de uso restrito, entre outras: as armas, munições, acessórios e equipamentos de uso bélico; as armas de fogo curtas, como por exemplo, as de calibres .357 Magnum, 9 Luger, .38 Super Auto, .40 S&W, .44 SPL, .44 Magnum, .45 Colt e .45 Auto; as armas de fogo automáticas de qualquer calibre; as armas de fogo dissimuladas, tais como, uma bengala-pistola, caneta-revólver e semelhantes.

Notas:

- O Decreto n. 55.649/65, que definia, no seu art. 161, as armas de fogo de uso restrito, foi expressamente revogado pelo Dec. n. 2.998/99, que, por sua vez, foi também expressamente revogado pelo Dec. n. 3.665/2000.
- A classificação armas de fogo de uso proibido desapareceu com a edição do Dec. n. 2.998/99. A abolição da referida nomenclatura foi mantida na redação do Dec. n. 3.665/2000 (art. 3.º, inc. LXXX)
- O registro é condicionado, isto é, depende da satisfação de requisitos. Nos termos do art. 5.º do Dec. n. 2.222/97, antes da consulta ao SINARM, o órgão especializado para o registro deverá averiguar se há, contra o interessado, assentamento de ocorrência policial ou antecedentes criminais que o descredencie a possuir arma de fogo.

Nessas hipóteses, deverá ser indeferido, de imediato, o registro, comunicando-se o motivo ao SINARM (art. 5.º do Dec. n. 2.222/97). O registro deverá conter os dados indicados no art. 10 do Dec. n. 2.222/97.

- A eficácia temporal do registro é ilimitada, salvo determinação para recadastramento.
- O registro de arma de fogo é possível a qualquer momento. O interessado deverá requerê-lo à autoridade competente, indicando a origem da arma de fogo.
- O registro é regrado. O proprietário da arma de fogo é obrigado a guardá-la com cautela; a comunicar imediatamente qualquer ocorrência que a envolva (furto, roubo, extravio); a solicitar autorização para a transferência de propriedade (art. 12 do Dec. n. 2.222/97).

Atenção: A inexistência de registro de arma de fogo enseja o enquadramento do comportamento previsto no art. 10, caput, da Lei n. 9.437/97.

4. PORTE DE ARMA DE FOGO

4.1. Conceito

É o documento, expedido pela autoridade competente, que autoriza o interessado a trazer consigo arma de fogo fora de casa ou do local de trabalho.

4.2. Características

- É pessoal e intransferível.
- É expedido a título precário, podendo ser cassado pela autoridade competente, desde que o titular da autorização não cumpra os deveres e as limitações impostas no Dec. n. 2.222/97.
- Tem limitação espacial, pois é válido na unidade federada que o concedeu, salvo a existência de convênio entre territórios limítrofes.
- Tem eficácia temporal limitada. Sua validade é de um ano, nos termos do art. 9.º da Portaria DGP/SP n. 23, de 16.9.1997.

4.3. Expedição de Porte

Armas de uso permitido: pela Polícia Civil dos Estados e do Distrito Federal.

Armas de uso restrito: pelo Exército Nacional, na condição de colecionadores, caçadores e atiradores.

Porte federal: deve ser expedido pela Polícia Federal.

4.4. Requisitos para o Porte

Nos termos do art. 13 do Dec. n. 2.222/97, são requisitos mínimos indispensáveis à concessão do porte de arma de fogo:

- idoneidade;
- necessidade;
- capacidade técnica;
- comportamento social produtivo;
- aptidão psicológica;
- taxa;
- apresentação do Certificado do Registro, cadastrado no SINARM.

4.5. Restrições Impostas à Autorização de Porte

A autorização do porte não autoriza o ingresso com a arma de fogo em casas de diversão, clubes, estabelecimentos educacionais, locais onde se realizam competições esportivas ou reunião, ou onde haja aglomeração de pessoas. Essa restrição não atinge os policiais civis, militares ou federais, porque estão permanentemente em serviço. Devem portar permanentemente arma de fogo, sob pena de cometerem infração disciplinar. Logo, os policiais podem ingressar em locais públicos ou privados portando arma de fogo, respondendo pelos eventuais excessos cometidos.

O porte também não autoriza a condução ostensiva.

É vedado o embarque com arma de fogo para o exterior e também o ingresso com referida arma em aeronaves que efetuem transporte público. Situações especiais poderão ser autorizadas pela Aeronáutica.

Quem ingressa com arma de fogo nesses locais não permitidos comete ilícito administrativo, sancionado com o recolhimento da arma e a cassação do porte.

4.6. Espécies de Porte

4.6.1. Porte estadual

Tem validade no âmbito da unidade federada que o concedeu, salvo convênio com Estado limítrofe.

4.6.2. Porte federal

Concedido em situações especiais. Além das exigências normais, previstas para a concessão do porte estadual, o interessado deverá demonstrar a efetiva necessidade de transitar com a arma de fogo por vários Estados da Federação.

4.6.3. Porte de trânsito ou tráfego

Apenas para trânsito de arma de fogo concedido pela Polícia Civil, Federal, ou Exército.

4.6.4. Porte funcional

Concedido em razão do exercício de determinados ofícios ou atividades profissionais. Decorre de norma legal, dispensando, portanto, a expedição de ato formal de autorização.

O porte funcional não dispensa o regular registro da arma de fogo.

Têm porte funcional, por exemplo:

- Membros da Magistratura: porte federal. Decorre do art. 33, inc.V, da
- Lei Orgânica Nacional da Magistratura (LC n. 35/79). É contínuo, ou seja, válido mesmo fora do

expediente forense. A jurisprudência entende que alcança os aposentados.

- Membros do MP: porte federal (art. 42 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei n. 8.625/93). É contínuo e alcança os aposentados. No Estado de São Paulo, a previsão está no art. 223 da Lei n. 734/93 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo).
- Policiais Militares e Bombeiros Militares: o porte é contínuo, válido ainda que fora do horário de serviço. Os policiais são considerados permanentemente em serviço. O porte tem validade em todo o território nacional, desde que o policial esteja em efetivo serviço e devidamente autorizado por autoridade de seu Estado. Os policiais podem usar armas de uso restrito, desde que estejam habilitados (curso de manejo) e autorizados pela respectiva instituição de segurança pública.
- Policiais Civis: porte contínuo, permanente. Devem portar permanentemente carteira funcional, algemas e arma de fogo, sob pena de cometerem infração disciplinar (Portaria DGP/SP n. 28/94). O porte é válido em todo o território nacional, desde que o policial esteja em efetivo serviço e autorizado. Os policiais civis podem portar armas de uso restrito, desde que previamente habilitados por sua instituição.
- Policiais Federais: o porte é federal.
- Militares das Forças Armadas: apenas os militares da ativa, da reserva remunerada, os reformados e os temporários, enquanto na ativa, têm porte garantido pelo Estatuto dos Militares (Lei n. 6.880/80).
- Deputados Federais e Senadores: o porte funcional deve ser solicitado, pelos Presidentes da Câmara e do Senado, ao Ministério da Justiça.
- Vigilantes de instituições financeiras e de transportadoras de valores: decorre da Lei n. 7.102/83. O porte só tem validade durante o horário de trabalho.
- Deputados Estaduais: devem solicitar ao Presidente da Assembléia, que fará solicitação ao Secretário de Segurança Pública. O porte tem validade durante o exercício do mandato.
- Não têm porte funcional:
- Oficiais de Justiça.
- Vigilantes noturnos ou inspetores de quartirão, ainda que cadastrados na Delegacia de Polícia.
- Oficiais da reserva não remunerada (reserva de 2.^a classe).
- Vereadores.
- Guardas municipais. A concessão do porte incumbe à Divisão de Produtos Controlados do DIRD na Capital de São Paulo, e às Delegacias Seccionais de Polícia nos demais municípios do Estado (Portaria DGP n. 3/2000).

MÓDULO XI

1. ART. 10 DA LEI N. 9.437/97

"Possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Pena: detenção de um a dois anos e multa

§ 1.º Nas mesmas penas incorre quem: I – omitir as cautelas necessárias para impedir que menor de 18 anos ou deficiente mental se apodere de arma de fogo que esteja sob sua posse ou que seja de sua propriedade, exceto para a prática do desporto quando o menor estiver acompanhado do responsável ou instrutor; II – utilizar arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de atemorizar outrem, para o fim de cometer crimes; III – disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que o fato não constitua crime mais grave;

§ 2.º A pena é de reclusão de dois anos a quatro anos e multa, na hipótese deste artigo, sem prejuízo da pena por eventual crime de contrabando ou descaminho, se a arma de fogo ou acessórios forem de uso proibido ou restrito.

§ 3.º Nas mesmas penas do parágrafo anterior incorre quem: I – suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato; II – modificar as características da arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito; III – possuir, deter, fabricar ou empregar artefato explosivo e/ou incendiário sem autorização; IV – possuir condenação anterior por crime contra a pessoa, contra o patrimônio e por tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins.

§ 4.º A pena é aumentada da metade se o crime é praticado por servidor público”.

1.1. Competência

A competência para processo e julgamento dos comportamentos descritos no art. 10 da Lei n. 9.437/97 é, como regra, da Justiça Comum Estadual, muito embora tenha o Exército a atribuição para fiscalizar a produção e a comercialização de produtos controlados, entre esses as armas de fogo. Também não desloca a competência para a Justiça Comum Federal a mera apreensão de arma de fogo de uso privativo das Forças Armadas.

Contrabando de armas de fogo (art. 334 do CP) e art. 10 da Lei n. 9.437/97: o contrabando, desde que provada a sua existência e definida a sua autoria, atrairá os crimes definidos no art. 10 para o âmbito da competência da Justiça Federal.

Não se aplica a Lei n. 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais) aos delitos definidos na Lei n. 9.437/97, pois todos eles são punidos, em abstrato, com pena máxima superior a um ano. Exceção será feita às hipóteses que comportem a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95), como veremos.

1.2. Ação Penal

Trata-se de ação penal pública incondicionada.

Considerando-se, em sua forma consumada, os delitos previstos no artigo 10, admite-se a suspensão condicional do processo em relação ao *caput* e ao § 1.º, porquanto a pena mínima prevista para ambos é de um ano de detenção.

1.3. Objetividade Jurídica

A incolumidade pública. Um certo nível de segurança para todos, enquanto valor social coletivo, como ensina DAMÁSIO DE JESUS.

1.4. Qualificação Doutrinária

Os crimes previstos no artigo 10, à exceção do definido no § 1.º, inc. I (culposos), são de mera conduta e dolosos.

1.5. Consumação e Tentativa

Os crimes de mera conduta satisfazem-se, para efeito de consumação, unicamente, com a realização do comportamento típico, independentemente da demonstração de perigo para determinada pessoa. A tentativa, como acontece com os crimes de ação múltipla ou de conteúdo variado, é viável. Todavia, na prática, sua configuração é difícil, haja vista a quantidade de núcleos existentes.

2. INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO CAPUT DO ARTIGO 10

O *caput* do art. 10 da Lei n. 9.437/97, possui 18 núcleos. Trata-se de crime de ação múltipla ou de conteúdo variado. Se o agente praticar várias ações, desde que num mesmo contexto fático, responderá por uma única infração penal (aplicação do princípio da alternatividade).

O comportamento vincula-se à arma de fogo de uso permitido (objeto material do *caput*), cujo conceito estudamos no módulo anterior.

2.1. Núcleos do Tipo

Vejamos alguns dos núcleos do *caput*:

Possuir: Ter ou reter a arma de fogo de uso permitido em seu poder a qualquer título (proprietário ou simples possuidor). Há idéia de conduta mais duradoura, em contraposição com a mera detenção. O registro da arma de fogo torna lícito o comportamento, desde que a arma de fogo seja mantida em casa, em dependência dessa, ou no local de trabalho.

Portar: Trazer consigo junto ao corpo, nas vestes ou em uma pasta, com possibilidade de pronto uso. Lembra-se que o comportamento de transportar arma de fogo foi alçado à categoria de comportamento típico. Portar várias armas de fogo configura crime único. Se entre elas houver uma que seja de uso restrito, aplicar-se-á o § 2.º do art. 10.

A autorização de porte retira a ilicitude do comportamento.

Adquirir: Obter, ter incorporado ao seu patrimônio, a título gratuito ou oneroso.

O núcleo *adquirir* pode ser imputado ao agente, quando o porte ilegal da arma de fogo tiver sido absorvido na condição de crime meio para a prática de outro mais grave, como o homicídio tentado ou consumado, por exemplo.

Vender: alienar, mediante contraprestação, geralmente em dinheiro. Não se exige habitualidade.

Fornecer: prover alguém de arma de fogo, ainda que gratuitamente. Se o agente fornece arma de fogo a criança ou adolescente, responderá como incurso no art. 10, *caput*, da Lei n. 9.437/97, que derogou o art. 242 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). Há posição sustentando o enquadramento no ECA.

Ter em depósito: Reter a arma à disposição de terceira pessoa.

Transportar: Conduzir de um local para outro, em nome próprio ou de terceiro, utilizando-se de meio de transporte, afastada a hipótese de enquadramento no núcleo *portar*.

Guardar: Ter a arma de fogo à sua disposição.

O núcleo *guardar* pode ser imputado ao agente, quando o porte ilegal da arma de fogo tiver sido absorvido na condição de crime meio para a prática de outro mais grave, como o homicídio tentado ou consumado,

por exemplo.

Ocultar: Cuida-se da retenção de arma de fogo clandestina, tendo sido dificultada sua localização por terceiros.

2.2. Elemento Normativo do Tipo

“Sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

2.3. Excludentes de Ilícitude

- *Estado de necessidade e porte ilegal*: Admissível desde que devidamente provado. Todavia, alegações que visam justificar o porte como as de transporte de valores, temor de assalto, transporte para vendê-la etc, não excluem a antijuridicidade do comportamento.
- *Legítima defesa e porte ilegal*: Se o agente arma-se para se defender, a excludente abrangerá o porte ilegal. Entretanto, se a legítima defesa ocorre *durante* o porte ilegal, o agente responderá por esse crime.

2.4. Prova Pericial

Imprescindível para a configuração do art. 10, *caput*. Somente a perícia poderá provar a capacidade vulnerante da arma de fogo. Essa, sem condições de efetuar disparo, não ofenderá o bem juridicamente tutelado (segurança coletiva).

A perícia ao examinar a arma de fogo também propiciará a sua classificação entre as de uso permitido ou restrito.

2.5. Confisco de Arma de Fogo

Nos termos do disposto no art. 91, II, “a”, do CP, há perda dos instrumentos do crime em favor da União, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito.

As armas de fogo, no *caput* do art. 10, constituem objeto material do delito e não instrumento da infração. Logo, no caso do *caput* não haverá possibilidade de confisco, que poderá ocorrer no crime descrito no inciso III do § 1.º do art. 10 (disparo de arma de fogo).

A liberação da arma de fogo ao proprietário dependerá, à evidência, da sua regularização perante a autoridade competente para o registro.

3. O ARTIGO 10, CAPUT, E A LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS

O *caput* do artigo 10 derogou os artigos 18 e 19 da Lei de Contravenções Penais. Citadas contravenções aplicam-se às armas brancas e às munições.

MÓDULO XII

Lei das Armas de Fogo

1. ARTIGO 10, § 1.º

1.1. Inciso I

“Omitir as cautelas necessárias para impedir que menor de 18 (dezoito) anos ou deficiente mental se apodere de arma de fogo que esteja sob sua posse ou que seja de sua propriedade, exceto para a prática do desporto quando o menor estiver acompanhado do responsável ou instrutor”.

Trata-se do único crime culposos da lei, inspirado no dever que a todos os proprietários de armas de fogo incumbe, que é o de guardá-las com a devida cautela, evitando que fiquem ao alcance de terceiros, principalmente de menores (art. 12 do Dec. n. 2.222/97) ou deficientes mentais. Pune-se, portanto, a negligência.

O delito tem dupla objetividade jurídica. Tutela-se a segurança coletiva e a incolumidade física dos indivíduos citados no tipo.

Cuida-se de crime próprio, já que a conduta deve ser de sujeito com qualidade especial, ou seja, o crime ora analisado deve ser praticado pelo proprietário ou mero possuidor da arma de fogo. Menores de 18 anos (crianças e adolescentes) e os deficientes mentais são os sujeitos passivos da infração. Tratando-se, no entanto, de pessoas *inexperientes no manejo de armas*, continuam ainda sendo objeto de proteção no art. 19, § 2.º, “b”, da Lei de Contravenções Penais.

O crime é material ou de resultado, porquanto exige-se o efetivo apoderamento da arma de fogo por menor de 18 anos ou deficiente mental. Tal situação fática representa um resultado naturalístico necessário à configuração do delito.

Para o Prof. DAMÁSIO, entretanto, o crime é de lesão ao bem jurídico tutelado (segurança coletiva) e de mera conduta. Assim, só o fato de o agente deixar a arma de fogo ao alcance de menores de 18 anos ou deficientes mentais já configuraria a infração.

A arma de fogo é o objeto material da infração. Embora seja necessário que esteja apta à realização de disparos, não é imprescindível que ela esteja municiada. O menor de 18 anos ou o deficiente mental poderão fazê-lo facilmente. Aliás, no Ministério Público de São Paulo, sustenta-se expressamente a desnecessidade: Tese n. 145 (Recursos Extraordinários e Especiais): *O art. 10 da Lei n. 9.437/97 não exige esteja a arma municiada (DOE de 11.10.00, p.26).*

A consumação, considerando ser o crime material, ocorre no momento da efetiva apreensão da arma de fogo pelos indivíduos já mencionados. A tentativa, indubitavelmente, é impossível, por se tratar de crime culposos.

Não há crime se o menor de 18 anos apossar-se de arma de fogo para a prática do desporto, desde que acompanhado do responsável ou do instrutor de tiro.

A pena imposta merece críticas. Incoerentemente, o legislador estendeu ao crime culposos a mesma pena do comportamento doloso: entrega, fornecimento de arma de fogo. Para contornar o problema, o Prof. DAMÁSIO sugere uma adequação no momento da dosimetria da pena.

Verificando-se a entrega *dolosa* para criança ou adolescente, utiliza-se para enquadramento típico o art. 10, *caput*, da Lei n. 9.437/97 (Lei de Armas de Fogo e Assemelhados), em detrimento do art. 242 do ECA (Lei n. 8.069/90). O art. 242, cuja pena é mais branda (mínimo legal de seis meses), foi derogado pelo art. 10, *caput*.

1.2. Inciso II

“Utilizar arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de atemorizar outrem, para o fim de cometer crimes”.

Pretende-se punir no inc. II a conduta daquele que utiliza arma de brinquedo na prática de crimes.

A redação do dispositivo é incompreensível. Pressupõe-se que a intenção do legislador era a de tipificar penalmente o porte de arma de brinquedo, o que, também, não deixa de ser uma intenção, no mínimo, controvertida. Essa é a conclusão que extraímos da análise do elemento subjetivo especial do tipo *para o fim de cometer crimes*. Ora, inserindo o verbo *utilizar*, concluiu-se que a arma de brinquedo deve ser efetivamente usada para o cometimento de uma infração penal, o que é incompatível com a redação do tipo, que aponta uma intenção, ou seja, algo que poderia se concretizar no futuro. Por tal razão, o Prof. LUIZ FLÁVIO GOMES aponta a redação como autodestrutiva. O tipo é, assim, inaplicável.

Para o Prof. DAMÁSIO, o inc. II do § 1.º do art. 10 é inconstitucional. Duas são as razões apontadas: 1.ª – a redação típica confusa e autodestrutiva; 2.ª – a violação do princípio constitucional da ofensividade. Por outras palavras, o objeto *arma de brinquedo* não ofende a objetividade jurídica da lei, que é a segurança coletiva, só posta em risco por armas de fogo.

Há, no entanto, posicionamento distinto que pressupõe a validade da figura típica. Para que isso seja possível, onde se lê *para o fim de cometer crimes*, leia-se *na prática de crimes*. Trata-se de uma manobra inadmissível, segundo nosso modo de ver, ante o princípio da taxatividade dos comportamentos penais, a exigir uma interpretação estrita do tipo penal. Mas, malgrado a crítica ora feita, as posições que ora veremos procuram, pelo menos, evitar o *bis in idem* em matéria penal com o crime de roubo circunstanciado (inc. I do § 2.º do art. 157 do código Penal). A primeira posição, pressupõe a validade da Súmula n. 174 do Superior Tribunal de Justiça: *No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento de pena*. Para essa primeira corrente, praticado o crime de roubo com *arma de brinquedo*, o agente responderá como incurso, exclusivamente, no art. 157, § 2.º, inc. I, do Código Penal, que absorverá o crime previsto na Lei de Armas de Fogo. A segunda posição parte da premissa de que a Súmula n. 174 deve ser ignorada. Assim, o autor do roubo responderá como incurso no art. 157, *caput*, do Código Penal – porquanto a *arma de brinquedo* não pode ser equiparada à arma de fogo para o efeito de circunstanciar o crime de roubo – e no art. 10, § 1.º, II, da Lei n. 9.437/97.

1.3. Inciso III

“Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que o fato não constitua crime mais grave”.

Disparar, que constitui o núcleo do tipo, significa atirar, desfechar, descarregar uma arma de fogo. Referida conduta pode ser praticada por qualquer pessoa, o que nos leva a concluir que o crime é comum. *Acionar* munição, por sua vez, significa deflagrá-la, utilizando o agente de outros meios, excetuado o emprego de arma de fogo (exposição da munição ao calor, por exemplo). O elemento subjetivo do tipo é o dolo.

O Dec. n. 3.665/00, que deu nova redação ao Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados (R-105), define arma de fogo como sendo aquela que *arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara que, normalmente, está solidária a um cano que tem a função de propiciar a continuidade à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil* (art. 3.º, XIII).

No que diz respeito à munição, o Decreto supracitado estabelece que consiste no *artefato completo (projétil, estojo, pólvora, espoleta) pronto para carregamento e disparo de uma arma, cujo efeito desejado pode ser: destruição, iluminação ou ocultamento do alvo; efeito moral sobre pessoal; exercício, manejo; outros efeitos especiais* (art. 3.º, LXIV).

Elemento espacial do tipo: a conduta deve ser praticada em local habitado, nas suas adjacências, na via pública ou em direção à via pública.

Tratando-se de local habitado, não importa a quantidade de pessoas que nele resida ou esteja presente. Mas, tratando-se de um local ermo a ponto de ser considerado desabitado, não haverá crime.

No que diz respeito à via pública, mesmo situada em local ermo, sempre haverá infração.

A *consumação* ocorre com o disparo ou acionamento de munição (crime de mera conduta). A tentativa é possível, pois se trata de delito plurissubsistente, na hipótese da não realização do disparo por circunstâncias

alheias à vontade do agente (ex.: defeito da arma ou da munição).

Confisco da arma de fogo: única hipótese da Lei de Armas na qual o confisco é possível, porquanto no inc. III a arma de fogo é instrumento do crime. Aplica-se, portanto, o art. 91, II, "a", do Código Penal, desde que consistam em armas de fogo cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção, constitua fato ilícito. Nas demais hipóteses do art. 10 (*caput* e demais figuras do § 1.º ou do § 3.º), a arma de fogo é objeto material do delito, sendo impossível o confisco.

Concurso de crimes: o disparo de arma de fogo é figura penal subsidiária. O preceito primário da norma traz a expressão: *desde que o fato não constitua crime mais grave*. Logo, o homicídio consumado ou tentado, a lesão grave ou gravíssima, por serem infrações mais graves, absorverão o disparo. Na hipótese de lesão leve ou constrangimento ilegal, a solução será inversa.

O que acima foi dito não exclui a possibilidade de ser imputado ao agente outros comportamentos consumados anteriormente (ex.: aquisição, guarda ou ocultação ilegais de armas de fogo, aplicando-se o concurso material).

Nota: Os crimes definidos no *caput* e no § 1.º do art. 10 da Lei de Armas são punidos com detenção de um a dois anos e multa. Assim, segundo o disposto no art. 61 da Lei n. 9.099/95, não são infrações de pequeno potencial ofensivo, haja vista a pena máxima cominada em abstrato, superar um ano. É de se ver, todavia, que a Lei n. 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, no seu art. 2.º, par. ún., amplia o rol dos crimes de menor ofensivo alcançando aqueles punidos com, no máximo, dois anos. Esse novo tratamento legal, segundo a opinião majoritária atualmente, alcança, também, as infrações de competência da Justiça Comum Estadual. Logo, a partir de janeiro de 2002, a vigorar o entendimento atual, os crimes previstos no art. 10, *caput* e § 1.º serão da competência dos Juizados Especiais Criminais.

2. ARTIGO 10, § 2.º

Trata-se de qualificadora que eleva a pena privativa de liberdade (prevista para o *caput* e § 1.º) para, no mínimo, dois e, no máximo, quatro anos de reclusão. A sua incidência é restrita aos comportamentos que estão no *caput* e aquele previsto no § 1.º, III, do art. 10 da Lei de Armas de Fogo. Não se aplica ao § 1.º, I, porque cuida de crime culposo. O mesmo ocorre em relação ao § 1.º, II, porque se trata de *arma de brinquedo*. Também não se aplica ao § 3.º, porque aos comportamentos típicos nele previstos é cominada a mesma pena. Ao § 4.º não se aplica por se tratar de uma causa de aumento.

Sendo possível a aplicação, por se tratar do *caput* ou do § 1.º, III, é necessário entender o que é arma de uso restrito. Sua definição esta prevista no art. 3.º, XVIII, do Dec. n. 3.665/01 e os parâmetros técnicos estão disciplinados no mesmo decreto em seu art. 16.

Podemos dizer, de um modo geral, que são de uso restrito as armas automáticas, os revólveres ou pistolas semi-automáticas (cujo calibre é superior a .380 mm), os fuzis e os acessórios que permitam potencializar o uso da arma de fogo ou dificultar sua localização (equipamentos para visão noturna, silenciadores de tiro, quebra-chamas), as armas dissimuladas, as armas de fogo de alma lisa, de calibre superior ao doze etc. Em alguns casos, só a perícia poderá indicar se a arma de fogo é de uso restrito.

A denominação *armas de fogo de uso proibido* foi abolida.

3. ARTIGO 10, § 3.º

3.1. Inciso I

"Suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato".

Suprimir significa eliminar, extinguir, apagar, a numeração existente na arma de fogo, dificultando, assim, a descoberta de sua origem. *Alterar*, por sua vez, consiste na modificação da numeração, inserindo ou suprimindo números ou letras. Observa-se, pois, que a conduta de *portar* arma de fogo, cuja numeração foi suprimida ou alterada, não constitui comportamento típico.

A competência é da Justiça Comum Estadual. Embora o comportamento típico vise burlar o controle de

armas de fogo realizada pelo SINARM, órgão criado no âmbito da Polícia Federal, sob a coordenação do Ministério da Justiça, não se vislumbra na hipótese um interesse direto a propiciar a aplicação do art. 109, inc. IV, da Constituição Federal.

O sujeito ativo do crime é qualquer pessoa (crime comum).

A consumação ocorre com a efetiva supressão ou alteração dos sinais de identificação, sendo admissível a forma tentada.

A sanção é a mesma cominada ao § 2.º, ou seja, reclusão de dois a quatro anos, e multa.

3.2. Inciso II

“Modificar as características da arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito”.

Como já salientamos anteriormente, a nomenclatura *uso proibido* foi abolida (art. 3.º, LXXX, do Dec. n. 3.665/00). Armas de fogo de *uso restrito* são aquelas controladas pelo Exército, que só podem ser utilizadas pelas Forças Armadas, por algumas Instituições de Segurança e por pessoas físicas ou jurídicas habilitadas.

Como salienta FERNANDO CAPEZ, a lei incriminou o que deveriam ser atos preparatórios. No entanto, no momento em que o agente procede às alterações das características, passa a possuir arma de fogo de uso restrito, incorrendo na primeira conduta do art. 10, *caput* (“possuir”), impondo-se-lhe a qualificadora do § 2.º. A primeira conduta – inc. II do § 3.º – ficará absorvida por força do princípio da consunção, como meio necessário impunível. Na prática, o dispositivo terá rara aplicação.

As modificações que interessam à figura típica são aquelas efetuadas no comprimento do cano ou em sua alma (parte interna do cano), no calibre, no funcionamento (de repetição, semi-automática ou automática), entre outras.

O crime consuma-se com a efetiva alteração, sendo viável a tentativa.

A pena é a mesma reservada ao § 2.º do art. 10 da Lei n. 9.437/97.

3.3. Inciso III

“Possuir, deter fabricar ou empregar artefato explosivo e/ou incendiários sem autorização”.

O novo dispositivo traz dois núcleos do tipo que se encontram no art. 253 do Código Penal, ou seja, *fabricar* e *possuir*. Tanto o inc. III, ora estudado, quanto o art. 253 do Código Penal referem-se a um mesmo objeto material: *explosivo*. Concluímos, então, que *possuir* ou *fabricar* engenho ou artefato *explosivo* são condutas que doravante serão tipificadas no inc. III do § 3.º do art. 10 da Lei n. 9.437/97. O mesmo ocorrerá com os comportamentos de *fornecer*, *adquirir* e *transportar*, porquanto para praticá-los é necessário *deter* o explosivo. Observe o quadro abaixo, referente ao supracitado objeto material:

Explosivo

Art. 253 do CP	Art. 10, § 3.º, III, da Lei n.º 9.437/97
Fabricar	Fabricar
Possuir	Possuir
Fornecer	Deter (abrange fornecer, adquirir e transportar).
Adquirir	Empregar
Transportar	

Objetos Materiais

Art. 253 do CP	Art. 10, § 3.º, III, da Lei n.º 9.437/97
Engenho explosivo	Artefato explosivo
Substância explosiva	Artefato incendiário
Gás tóxico	Artefato explosivo e incendiário
Gás asfixiante	
Material para fabricação de gases asfixiantes	

ou tóxicos	
------------	--

Salvo explosivos, os demais objetos materiais mencionados no art. 253 do Código Penal (substância explosiva, gás tóxico, gás asfixiante e material para fabricação de gases asfixiante e tóxico), como se vê no quadro, não estão previstos no art. 10, § 3.º, III, da Lei de Armas. Portanto, em relação a eles, aplica-se o art. 253 do Código Penal.

Atenção: Tanto o art. 253 do Código Penal quanto o inc. III do § 3.º do art. 10 da Lei de Armas são crimes de perigo. Assim, se ocorrer efetiva explosão, que ponha em risco a vida ou o patrimônio de outrem, aplicaremos o art. 250 ou 251 do Código Penal.

Exige-se prova da potencialidade lesiva dos artefatos, o que se fará por perícia.

Consuma-se a infração com o mero comportamento típico. Há consenso quanto à possibilidade de tentativa nas condutas fabricar e empregar.

A pena é a mesma reservada ao previsto no § 2.º do art. 10 da Lei n. 9.437/97.

3.4. Inciso IV

Possuir condenação anterior por crime contra a pessoa, contra o patrimônio e por tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins.

Trata-se de qualificadora que eleva a pena de um mínimo de 2 anos ao máximo de 4 anos de reclusão. Para que isso ocorra é necessário que por parte do réu tenha havido a prática do comportamento definido no *caput* do art. 10 ou no § 1.º, III (disparo de arma de fogo). A qualificadora não incidirá no § 1.º, I, porque cuida de crime culposo. Tampouco no § 1.º, II, porque nesse inc. trata-se de *arma de brinquedo*. Não se aplica, ainda, aos três primeiros incs. do § 3.º, em razão da pena a esses cominadas: é idêntica à da qualificadora. E finalmente, não se aplica ao § 4.º que institui causa de aumento.

Apurada a responsabilidade penal de indivíduo pelo cometimento de crime definido no *caput* ou no § 1.º, III, do art. 10 da Lei de Armas, se possuir condenação anterior por crime contra pessoa, patrimônio ou tráfico de entorpecentes, será possível aplicar o inc. IV (qualificadora). Como os crimes indicados pelo legislador incluem algumas infrações de pequena gravidade, será necessário analisar criteriosamente as hipóteses, fazendo incidir o inc. IV só quando a condenação anterior revelar a índole agressiva do autor. 1

4. ARTIGO 10, § 4.º

Aumenta-se a pena de metade quando o agente for servidor público. O conceito é mais abrangente do que o de funcionário público. Estão incluídos todos aqueles que estão ligados à Administração Pública por uma relação de caráter profissional. Exige-se, todavia, que o crime praticado esteja relacionado com a função pública por ele exercida.

Só não se aplica ao § 1.º, I, do art. 10 da Lei de Armas.

MÓDULO XII

Código de Trânsito Brasileiro – Lei n. 9.503/97

1. VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

O Código de Trânsito Brasileiro foi publicado em 23.9.1997, prevendo *vacatio legis* de 120 dias, o que implicou que entrasse em vigor em 22.1.1998.

2. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E DA LEI n. 9.099/95

Consoante dispõe o art. 291, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro, aplicam-se subsidiariamente as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, bem como a Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais), no que couber.

O par. ún. do art. 291, por sua vez, determina a aplicação da composição civil, da transação penal e da representação (arts. 74, 76 e 88 da Lei n. 9.099/95) aos crimes de lesão corporal culposa de trânsito (art. 303), embriaguez ao volante (art. 306) e "racha" (art. 308). Devemos interpretar o parágrafo à luz do *caput*, isto é, podemos utilizar os institutos mencionados acima, desde que compatíveis com os crimes indicados no parágrafo. Assim, em relação à lesão corporal, incidem os arts. 74, 76 e 88, enquanto que à embriaguez e ao "racha" só é viável a transação penal, devido à inexistência de vítima definida. A aplicação desses institutos se fará no juízo criminal comum, porque incompatível o procedimento do juizado a essas infrações.

Nota: a Lei n. 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Comum Federal, previu no par. ún. do art. 2.º que são consideradas infrações penais de menor potencial ofensivo os crimes a que a lei comine pena não superior a dois anos. Tratando-se de lei federal posterior à Lei n. 9.099/95 e que se utiliza do mesmo critério para definir infrações de menor potencial ofensivo (pena máxima abstrata), entende-se, atualmente, que o rol dessas infrações será ampliado (a partir de janeiro de 2002). Assim, salvo a embriaguez ao volante, cuja pena máxima é de três anos de detenção, a lesão culposa de trânsito (art. 303) e o "racha" (art. 308) passarão a ser, genuinamente, crimes de menor potencial ofensivo, aplicando-se o procedimento reservado a tais infrações.

Há, no entanto, à luz da Lei n. 9.099/95, sete infrações que já são consideradas de pequeno potencial, a saber: 1.ª) art. 304 (omissão de socorro); 2.ª) art. 305 (fuga do local); 3.ª) art. 307 (violação de suspensão ou proibição para dirigir); 4.ª) art. 309 (falta de habilitação); 5.ª) art. 310 (entrega da direção de veículo automotor a determinadas pessoas); 6.ª) art. 311 (excesso de velocidade em determinados lugares); 7.ª) art. 312 (fraude na apuração de crime de trânsito com vítima).

3. SUSPENSÃO OU PROIBIÇÃO DE SE OBTER A PERMISSÃO OU A HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR

A suspensão pressupõe a permissão ou habilitação já concedida, enquanto a proibição é aplicada a aquele que ainda não obteve uma ou outra. Essa interdição de direitos está disciplinada nos arts. 292, 293, 294 e 296 do Código de Trânsito Brasileiro, podendo ser imposta na sentença ou cautelarmente, como veremos a seguir:

- *Imposição na sentença penal condenatória:*

1.ª hipótese: quando a interdição estiver prevista no preceito secundário da norma, como sanção. É o que ocorre nas seguintes figuras típicas: homicídio culposo de trânsito (art. 302); lesão corporal culposa de trânsito (art. 303); embriaguez ao volante (art. 306); violação de suspensão ou proibição para dirigir (art. 307); "racha" (art. 308).

2.ª hipótese: reincidência em crime de trânsito. Nesse caso o juiz *poderá* impor a suspensão ou a proibição para dirigir. Trata-se, como se percebe, de uma faculdade do magistrado, que se norteará pelas circunstâncias do caso concreto. Embora não haja previsão expressa, aplica-se subsidiariamente o art. 64, I,

do Código Penal (prescrição da reincidência). Frisamos, ainda, existir entendimento no sentido de que o crime anterior deve ter sido cometido na vigência do Código de Trânsito Brasileiro.

Nota: o tempo de interdição para as duas hipóteses acima indicadas está previsto no art. 293 do Código de Trânsito Brasileiro: dois meses a cinco anos.

- *Imposição como medida cautelar:* pode ser imposta pelo juiz em qualquer fase do inquérito policial ou do processo penal, de ofício ou a requerimento, mas é necessário que a ordem pública esteja sob risco. Entenda-se ordem pública como segurança no tráfego de veículos.

O Código de Trânsito Brasileiro derogou o inc. III do art. 47 do Código Penal, que trata da suspensão da *autorização* ou da *habilitação* para a condução de veículo automotor. Isso sucedeu porque o art. 47, inc. III, do Código Penal só é aplicável aos crimes culposos de trânsito (homicídio culposo e lesão corporal culposa), nos termos do art. 57 do Código Penal. Ocorre que, para o homicídio ou a lesão culposos de trânsito, o Código de Trânsito Brasileiro previu expressamente a imposição da interdição ora estudada no preceito secundário da norma, como acima vimos. Restaria a suspensão da *autorização* para conduzir veículo automotor, não prevista no Código de Trânsito Brasileiro.

4. MULTA REPARATÓRIA

Está prevista no art. 297 do Código de Trânsito Brasileiro, havendo no seu confronto animada controvérsia. As objeções postas à sua aplicação são a ausência de previsão expressa no Código de Trânsito Brasileiro quanto aos crimes nos quais possa ser imposta e a não regulamentação do modo de aplicação.

De qualquer forma, a multa reparatória, consoante disposto no art. 297, consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima ou de seus sucessores, de quantia calculada com base no § 1.º do art. 49 do Código Penal, sempre que houver prejuízo material decorrente de infração de trânsito. Nos termos do par. ún. do art. 297 do Código de Trânsito Brasileiro, a multa reparatória não pode exceder o valor do prejuízo demonstrado no processo.

Trata-se de uma sanção penal com destinação civil, já que se destina à vítima ou aos seus sucessores, razão pela qual se distingue da multa prevista no Código Penal, na qual o valor arrecadado é direcionado aos cofres públicos. Distingue-se, outrossim, da prestação pecuniária (art. 43, inc. I, do Código Penal), pois essa é sanção alternativa, substitutiva da pena privativa de liberdade. A multa reparatória, ao contrário, não afasta a pena privativa de liberdade.

5. CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES

Estão previstas no art. 298 do Código de Trânsito Brasileiro e são em número de sete, sendo tal rol fechado (inadmissível o emprego de analogia). Assim, comete-se a infração de trânsito:

- Com dano potencial para duas ou mais pessoas ou com grande risco de grave dano patrimonial a terceiros. Referida agravante não incide nos crimes de resultado, nos quais a situação de risco – evidenciada pelo emprego das expressões *dano potencial* e *grande risco* – foi superada pela produção do evento lesivo.
- Utilizando veículo sem placas, com placas falsas ou adulteradas. Se o autor da falsificação ou adulteração for o mesmo da infração de trânsito, responderá também pelo crime definido no art. 311 do Código Penal, em concurso material (objetividades jurídicas distintas: segurança no tráfego de veículo e fé pública).
- Sem possuir permissão ou habilitação para dirigir. Inaplicável ao homicídio culposo de trânsito (art. 302), à lesão culposa de trânsito (art. 303) e à falta de habilitação (art. 309). No caso dos crimes culposos supracitados, a agravante coincide com causa de aumento (arts. 302, par. ún., inc. I, e 303, par. ún., ambos do Código de Trânsito Brasileiro). No caso do art. 309, falta de permissão ou habilitação são elementares do tipo.
- Com permissão ou habilitação de categoria diversa da exigida para determinado veículo automotor. As categorias de habilitação estão disciplinadas no art. 143 do Código de Trânsito Brasileiro. O inc. IV também não se aplica aos arts. 302, 303 e 309 do Código de Trânsito Brasileiro, pelas razões já expostas no inciso antecedente.
- Quando a profissão ou a atividade do condutor exigirem cuidados especiais com o transporte de passageiros ou carga. A circunstância – transporte de passageiros – foi eleita como causa de

aumento nos arts. 302 e 303 do Código de Trânsito Brasileiro. Logo, a esses crimes, ela é inaplicável.

- Utilizando veículo em que tenham sido adulterados equipamentos ou características que afetem a sua segurança ou o seu funcionamento de acordo com os limites de velocidade prescritos nas especificações do fabricante. O legislador pretendeu evitar, por exemplo, a "preparação" (envenenamento) de motores.
- Sobre faixa de trânsito temporária ou permanente destinada a pedestres. Mais uma vez, a agravante não incidirá sobre o homicídio e a lesão culposos de trânsito. Nesses delitos, a circunstância em estudo representa uma causa de aumento de pena (arts. 302, par. ún., inc. II, e 303, par. ún., ambos do Código de Trânsito Brasileiro).

O *quantum* de aumento fica ao prudente arbítrio do juiz. As agravantes são de aplicação obrigatória, excetuadas duas situações: a primeira, quando a agravante coincidir com elementar do tipo; a segunda, quando for idêntica à causa de aumento de pena prevista para o delito em espécie. Tais exceções visam evitar um *bis in idem* em matéria penal. As agravantes previstas no art. 298 do Código de Trânsito Brasileiro não impedem a aplicação das agravantes genéricas do Código Penal (art. 61). Como observa DAMÁSIO DE JESUS, o art. 298 não pode incidir quando a pena-base for fixada no máximo, dada a impossibilidade de agravar a pena além do máximo abstrato.

MÓDULO XIV

Código de Trânsito Brasileiro – Lei n. 9.503/97

1. HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL CULPOSOS DE TRÂNSITO

"Art. 302 – Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor: Penas: detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Parágrafo único. No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de um terço à metade, se o agente: I – não possuir permissão para dirigir ou carteira de habilitação; II – praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada; III – deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente; IV – no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros".

"Art. 303 – Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor:

Penas: detenção, de seis meses a dois anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Parágrafo único. Aumenta-se a pena de um terço à metade, se ocorrer qualquer das hipóteses do parágrafo do artigo anterior."

São crimes especiais em relação aos definidos nos arts. 121, § 3.º, e 129, § 6.º, do Código Penal, deles se destacando por serem cometidos na direção de veículo automotor. Como se observa, não é suficiente que o resultado decorra de acidente de trânsito. É imprescindível, também, que a morte ou a produção de ferimentos sejam provocadas, culposamente, por alguém que se encontre na direção de um veículo automotor. Assim, se um pedestre, agindo culposamente, der causa aos resultados acima apontados, seu comportamento será enquadrado no Código Penal.

1.1. Redação Típica dos Arts. 302 e 303 do Código de Trânsito Brasileiro

Sem dúvida alguma, a redação dada às duas figuras típicas é, no mínimo, inusitada. Como acentuou DAMÁSIO DE JESUS, "nunca houve maneira mais estranha de descrever delito". Com efeito, O verbo *praticar* não traduz o comportamento vedado, ao contrário do que ocorre com os núcleos em outros tipos penais: matar, ofender, constranger, subtrair, obter. É por essa razão que se chegou a sustentar a inconstitucionalidade dos dispositivos em estudo. Alegou-se a ofensa ao princípio da taxatividade dos tipos penais, em função de uma redação vaga e imprecisa do comportamento que se pretende punir. Não obstante a aparente pertinência da objeção, a jurisprudência não tem dado guarida à tese da inconstitucionalidade. Na verdade, a compreensão exata da conduta proibida pela norma é facilmente alcançável com o auxílio das definições típicas, inseridas nos arts. 121, § 3.º e 129, § 6.º, ambos do Código Penal, ou seja, matar ou ofender culposamente outrem. Os crimes que ora enfocamos são *remetidos*. Crimes remetidos são identificados quando a norma incriminadora faz menção a outra que a integra, que a completa. Pode o legislador inserir, no novo tipo penal, menção a outro crime, quer se referindo ao número do artigo, quer destacando o *nomem jûris* da infração complementar. Há exemplo da primeira hipótese no art. 304 do Código Penal, no qual há referência aos crimes definidos nos arts. 297 a 302 do Código Penal. Quanto ao segundo caso, lembramos o art. 1.º, § 3.º, 1.ª Parte, da Lei de Tortura (Lei n. 9.455/97), no qual existe a definição da tortura qualificada pela lesão grave ou gravíssima ou pela morte.

1.2. Objetividade Jurídica

Os crimes definidos nos arts. 302 e 303 tutelam, respectivamente, a vida e a incolumidade física dos indivíduos.

1.3. Qualificação Doutrinária

Ambos os delitos são materiais ou de resultado, consumando-se no momento da produção da morte ou das lesões corporais. Sendo crimes culposos, é inadmissível a tentativa.

1.4. Sujeito Ativo das Infrações – Arts. 302 e 303

Trata-se de condutor de veículo automotor. Pode-se afirmar, assim, que o crime é próprio, porquanto exige sujeito com qualidade especial. Admite-se o concurso de pessoas nos crimes culposos. A propósito, o Supremo Tribunal Federal reiteradamente afirma que os pais que, por ação ou omissão, entregam veículo automotor ao filho não habilitado respondem por eventuais resultados lesivos. Nesse sentido: *HC* n. 3.790-3. Quem concorre para a consumação dos delitos culposos é considerado co-autor. Suponha que o passageiro induza o motorista a imprimir velocidade excessiva ao veículo, vindo a ocorrer, por tal motivo, o atropelamento e a morte de um pedestre. Houve, evidentemente, uma conjugação de vontades na infração ao dever de cuidado objetivo necessário.

1.5. Veículo Automotor

Estão definidos no Anexo I do Código de Trânsito Brasileiro: “Todo veículo a motor de propulsão¹² que circule por seus próprios meios, e que serve normalmente para o transporte viário de pessoas e coisas, ou para a tração viária de veículos utilizados para o transporte de pessoas e coisas. O termo compreende os veículos conectados a uma linha elétrica e que não circulem sobre trilhos (ônibus elétrico)”.

Ciclomotores são veículos automotores que se destacam por especificações peculiares. Também foram definidos pelo Código de Trânsito Brasileiro, no mesmo Anexo I: “Veículo de duas ou três rodas, provido de um motor de combustão interna, cuja cilindrada não exceda a cinquenta centímetros cúbicos (3,05 polegadas cúbicas) e cuja velocidade máxima de fabricação não exceda a cinquenta quilômetros por hora”. O Código de Trânsito Brasileiro, ao definir o ciclomotor, o fez sem agregar o vocábulo automotor. Tal circunstância não o afasta do conceito de veículo automotor.

Também assim agiu o legislador ao definir a caminhonete e a camioneta, sendo impensável excluí-los do alcance da definição legal ora enfocada.

1.6. Elemento Espacial do Tipo

Ao contrário do que verificamos em outros tipos penais, o legislador não inseriu nos arts. 302 e 303 a expressão “em via pública”. Confira, por exemplo, a redação dada à embriaguez ao volante (art. 306); à competição automobilística não autorizada (art. 308); à falta de habilitação ou de permissão para dirigir (art. 309). Disso decorre que o homicídio culposo e a lesão corporal culposa no trânsito de veículos podem ser cometidos em vias públicas ou privadas.

1.7. Formas da Culpa

A inobservância do cuidado objetivo necessário ocorre por meio da imprudência, da negligência ou da imperícia. Aplica-se o art. 18, inc. II, do Código Penal: “Diz-se crime culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”.

A imprudência consiste na prática de um comportamento perigoso, tal como dirigir um veículo automotor numa via pública, imprimindo-lhe velocidade incompatível com a segurança.

A negligência, por sua vez, consiste na ausência de precaução ou indiferença em relação ao ato realizado. O sujeito, ensina DAMÁSIO DE JESUS, deixa de fazer alguma coisa que a prudência recomenda, algo imposto pela ordem jurídica.

Imperito é o indivíduo que não dispõe de aptidão para o exercício de arte ou profissão. Nos crimes examinados é a falta de conhecimento teórico ou prático para dirigir veículo automotor.

1.8. Consumação e Tentativa

O homicídio culposo consuma-se com a morte da vítima. As lesões culposas, com a produção de ferimentos leves, graves ou gravíssimos no ofendido. O crime, já dissemos, é material, ou seja, de conduta e resultado.

¹² Sistema ou mecanismo destinado ao deslocamento do veículo.

A tentativa, por sua vez, é impossível nos crimes culposos. Como ensina ANÍBAL BRUNO, "... falta-lhes o dolo e sem o dolo a tentativa não se constitui. Nem há neles alguma coisa que na realidade se possa chamar começo de execução. O crime culposo não tem existência real fora do resultado"¹³.

1.9. Sanções Penais

O preceito secundário do art. 302 prevê a pena de detenção, de 2 a 4 anos, e suspensão ou proibição para obter a permissão ou a habilitação para conduzir veículo automotor. Em relação à pena privativa de liberdade, ressaltamos que o mínimo cominado em abstrato inviabiliza a suspensão condicional do processo, ante o não atendimento do requisito objetivo definido no art. 89 da Lei n. 9.099/95, salvo o caso de arrependimento posterior (art. 16 do CP). No caso de condenação, cuidando-se de crime culposo, é indiferente a quantidade de sanção privativa de liberdade imposta na sentença para os fins de substituição por pena alternativa. Quando isso for inviável pela não satisfação de requisitos subjetivos, poderá ser viável a suspensão condicional da pena, desde que a sanção imposta na sentença não exceda 2 anos, excetuado o *sursis* etário e o humanitário (art. 77, § 2.º, do CP). Caso o efetivo encarceramento seja necessário, o regime inicial será o aberto ou, excepcionalmente, o semi-aberto (art. 33 do CP).

No caso das lesões corporais culposas, cometidas no trânsito de veículos automotores (art. 303), as sanções previstas são a de detenção, de 6 meses a 2 anos, e suspensão ou proibição de obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. É cabível, conseqüentemente, a proposta de suspensão condicional do processo (*sursis processual*); a substituição por penas alternativas e/ou multa; a suspensão condicional da pena.

Vimos que, em ambos os delitos, há a cominação da proibição ou da suspensão do direito de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir. Aplica-se o art. 293 do Código de Trânsito Brasileiro para a fixação do tempo de cumprimento reservado à essa sanção: 2 meses a 5 anos.

1.10. Perdão Judicial

Embora não esteja previsto expressamente no Código de Trânsito Brasileiro, aplica-se o Código Penal. Seria medida injusta negá-lo àqueles condutores de veículos automotores atingidos duramente pelas conseqüências da infração. Nem mesmo o veto do art. 300, que disciplinaria o instituto no CTB, pode ser levantado para inviabilizar o perdão judicial, pois a leitura das razões que fundamentaram o ato do Presidente da República indica que o instituto já estava disciplinado de forma mais ampla no Código Penal. A norma que define o perdão judicial não pode ser considerada especial, tal como não o é o conceito de funcionário público inserido no art. 327 do Código Penal.

1.11. Ação Penal

A ação penal é pública incondicionada no caso do art. 302 do CTB. Condicionada à representação na hipótese do art. 303 do mesmo Código, nos termos do par. ún. do art. 291 do CTB e do art. 88 da Lei n. 9.099/95. O rito a ser seguido é o sumário, previsto no art. 539 do Código de Processo Penal.

1.12. Competência

Fixar-se-á em função do local onde houve o comportamento culposos que infringiu o dever de cuidado objetivo necessário (STJ, RT 574/357 e 667/338).

1.13. Juizados Especiais Criminais

Os crimes ora estudados não são infrações de menor potencial ofensivo, nos termos do art. 61 da Lei n. 9.099/95. No entanto, é possível que, com a entrada em vigor da Lei n. 10.259/01 (Juizados Especiais Criminais Federais), seja alcançada a lesão corporal culposa no trânsito de veículos automotores porquanto a sua pena máxima não supera 2 anos. Essa é a orientação doutrinária preponderante. Devemos, agora, aguardar a jurisprudência a partir de janeiro de 2002.

¹³ *Direito Penal: Parte Geral*, Tomo II. Rio de Janeiro:Forense, 1967. p. 242.

1.14. Causas de Aumento de Pena

A pena será aumentada de um terço à metade, no homicídio ou na lesão corporal, nos termos do disposto nos parágrafos únicos dos arts. 302 e 303, se o agente:

I – Não possuir permissão para dirigir ou Carteira Nacional de Habilitação. A causa de aumento afasta a aplicação do inc. III do art. 298 do Código de Trânsito Brasileiro (agravante genérica) para se evitar um *bis in idem*. Igualmente não será imputado o delito autônomo, definido no art. 309 do CTB.

II – Praticá-lo sobre faixa de pedestres ou na calçada. A adoção dessa causa de aumento inviabiliza a aplicação do inc. VII do art. 298.

III – Deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente. Frisamos que a presente causa de aumento destina-se ao condutor responsável pela morte ou pelas lesões corporais decorrentes do acidente de trânsito.

IV – No exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros. Não se aplica a primeira parte do inciso V do art. 298.

Na hipótese de reconhecimento de mais de uma causa de aumento, o juiz deverá aplicar o par. ún. do art. 68 do Código Penal: limitar-se-á a um só aumento, dosando-o entre o mínimo e o máximo.

2. OMISSÃO DE SOCORRO

“Art. 304 – Deixar o condutor do veículo, na ocasião do acidente, de prestar imediato socorro à vítima, ou, não podendo fazê-lo diretamente, por justa causa, deixar de solicitar auxílio à autoridade pública.

Penas: detenção de seis meses a um ano, ou multa, se o fato não constituir elemento de crime mais grave.

Parágrafo único. Incide nas penas previstas neste artigo, ainda que a sua omissão seja suprida por terceiros ou que se trate de vítima com morte instantânea ou com ferimentos leves.”

Trata-se de crime doloso, omissivo próprio, especial em relação ao art. 135 do CP. É, também, figura penal subsidiária, conforme expressamente dispõe o par. ún. do art. 304 do CTB (*lex primaria derogat legem subsidiariam*).

2.1. Objetividade Jurídica

Consiste na proteção à vítima do acidente de trânsito, impondo ao condutor de veículo automotor o dever jurídico de prestar socorro, desde que não se exponha a risco. Trata-se de um dever de solidariedade expressamente reconhecido pela norma penal.

2.2. Sujeito Ativo

É o condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito, não sendo por ele responsável. Se o fosse, responderia como incurso no art. 302 ou 303, aplicando-se a causa de aumento prevista no inc. III do par. ún. do art. 302. Se houver omissão por parte de terceiro, que não seja o condutor responsável pelo acidente de trânsito ou o condutor envolvido no acidente, a classificação jurídico-penal será feita no art. 135 do Código Penal.

2.3. Comportamento Típico

É omissivo próprio, consistente em deixar de prestar socorro à vítima de acidente de trânsito. O socorro deve ser realizado pessoalmente, salvo impossibilidade de fazê-lo. Nessa hipótese, incumbe ao condutor envolvido no acidente, solicitar o auxílio da autoridade.

2.4. Morte da Vítima

Ao contrário do que sucede no art. 135 do Código Penal, o art. 304 do Código de Trânsito Brasileiro não agrava a pena se, em decorrência da omissão, sobrevier a morte do ofendido. A pena prevista no *caput* do art. 135 (1 a 6 meses de detenção) será triplicada nesse caso. Concretizando-se o evento acima aludido – e desde que se prove a existência de um nexo normativo entre a omissão de socorro e o resultado –, o agente responderá por homicídio culposo (art. 121, § 3.º, do CP), que, por ser crime mais grave, absorverá o art. 304 do CTB.

2.5. Parágrafo Único do Art. 304

Nos termos do par. ún. do art. 304, o condutor do veículo incide nas penas do artigo, ainda que sua omissão seja suprida por terceiros ou que se trate de vítima com morte instantânea ou com ferimentos leves.

Não obstante a clareza do dispositivo, sua aplicação deve ser ponderada. No caso de socorro por terceiros, o disposto no parágrafo contraria a orientação surgida à luz do art. 135 do Código Penal, ou seja, por se tratar de uma obrigação penal solidária, o cumprimento do dever por um das pessoas afasta a obrigação das outras. Assim, segundo orientação de DAMÁSIO DE JESUS, a solução adotada pelo CTB fundamenta-se nas características do delito em questão. A omissão de socorro é crime instantâneo, de modo que a prestação de socorro posterior à omissão do agente encontra o delito já consumado.

No caso de morte instantânea da vítima, sendo essa absolutamente evidente (esmagamento, por exemplo), o socorro é medida desnecessária, inútil. Seria ilógico pretender-se punir o agente.

Na hipótese de ferimentos leves no ofendido, englobando tal classificação pequenos cortes, simples escoriações, discretos hematomas, não haverá necessidade de socorro.

2.6. Juizado Especial Criminal

Observado o disposto no art. 61 da Lei n. 9.099/95, concluímos que o art. 304 é infração de menor potencial ofensivo, aplicando-se o disposto na supracitada lei, inclusive o procedimento especial nela previsto.

3. FUGA DO LOCAL DO ACIDENTE

"Art. 305 – Afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe pode ser atribuída.

Penas: detenção, de seis meses a um ano, ou multa."

3.1. Objetividade Jurídica

A administração da Justiça, porquanto a fuga do condutor de veículo automotor dificulta sua identificação e, conseqüentemente, sua eventual punição.

3.2. Constitucionalidade do Dispositivo

Há entendimento doutrinário que sustenta a inconstitucionalidade do dispositivo, por afronta ao princípio segundo o qual ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo (art. 8.º, inc. II, "g" da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969). Existe, também, a possibilidade de comparar a figura penal em questão com a vedação constitucional de prisão civil por dívida, pois é sabido que ela só é permitida no caso de descumprimento injustificável de obrigação alimentar ou na hipótese do depositário infiel. Contra essas objeções insurgem-se FERNANDO CAPEZ e VICTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES, ressaltando que a fuga do agente visa a burlar a administração da Justiça, sendo esse o motivo de sua responsabilização criminal. Não há, de qualquer modo, posição predominante sobre o tema, sendo oportuno aguardar o pronunciamento dos Tribunais Superiores.

3.3. Comportamento Típico

É o afastar-se do local do acidente de trânsito, consumando-se nesse instante a infração penal. O crime é formal ou de consumação antecipada. Por tratar-se de delito plurissubsistente, a tentativa é possível.

3.4. Elementos Subjetivos

A vontade livre e consciente de sair do local do acidente de trânsito, com o fim de fugir à responsabilidade penal ou civil.

MÓDULO XV

Código de Trânsito Brasileiro Lei n. 9.503/97

1. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

"Art. 306 - Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem: Penas – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor."

Trata-se do segundo delito mais grave do Código de Trânsito Brasileiro, superando até mesmo a lesão corporal culposa de trânsito, cuja pena máxima é de dois anos de detenção.

A embriaguez ao volante não é uma infração de menor potencial ofensivo porque sua pena máxima supera um ano, limite estabelecido no art. 61 da Lei n. 9.099/95. Também não o será com a entrada em vigor da Lei n. 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais Criminais na Justiça Federal, pois, nos termos do art. 2.º do citado diploma legal, o máximo de pena privativa de liberdade foi fixado em dois anos. Segundo orientação doutrinária hoje dominante, a nova Lei federal ampliou o rol das infrações de menor potencial ofensivo. Todavia, frise-se, não atingiu o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

Ao art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro aplica-se a transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099/95), por força do disposto no parágrafo único do art. 291 do Código de Trânsito Brasileiro. São tecnicamente inviáveis a composição civil e a representação, dada a inexistência de vítima determinada. Trata-se de tema amplamente desenvolvido quando do estudo do art. 291 supracitado.

1.1. Derrogação do Art. 34 da Lei das Contravenções Penais

Considerando que a conduta – conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou de substância de efeitos análogos– foi alçada à categoria de crime, restou à figura contravencional o enquadramento da direção perigosa de embarcação a motor em águas públicas, assim como o de outros comportamentos perigosos à direção, tais como o ziguezague, o cavalo-de-pau etc. Lembramos que o *racha* e o excesso de velocidade também tornaram-se crimes no Código de Trânsito Brasileiro.

1.2. Qualificação Doutrinária do Art. 306

O crime é de mera conduta. O delito também é de lesão ao bem jurídico, ou seja, à segurança no tráfego de veículos.

1.3. Sujeitos do Delito

No pólo ativo da infração figura o condutor de veículo automotor, que pode ser habilitado ou não para dirigir-lo. Tratando-se de delito de mão própria, entende-se que a co-autoria é inviável. A participação, entretanto, é possível. Exemplo dela seria a de indivíduo que induz o condutor de veículo automotor, embriagado, a levá-lo para casa.

O sujeito passivo imediato é a coletividade. Secundariamente, pessoas que eventualmente tenham sido expostas à situação de perigo.

1.4. O que se Exige para a Configuração do Crime

a) A condução de veículo automotor em via pública.

b) Que o condutor do veículo automotor tenha ingerido substância alcoólica ou análoga, substâncias entorpecentes, por exemplo. No caso do álcool, é indiferente a taxa de concentração dessa substância no sangue ou no ar expelido dos pulmões. Sabemos que para efeitos administrativos, ou seja, para a imposição

das sanções previstas no art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro, o condutor deve apresentar concentração de álcool em nível superior a seis decigramas por litro de sangue ou 0,3 mg ou mais por litro de ar expelido. *Para fins penais, frisamos, essa taxa de concentração é indiferente.*

c) Condução anormal do veículo automotor, violando regras de trânsito. Por exemplo: ingressar com o veículo na contramão de direção, imprimir ao veículo velocidade incompatível com a segurança, trafegar desenvolvendo ziguezagues na pista, desrespeitar a sinalização semafórica etc.

d) Finalmente, o reconhecimento de uma relação de causalidade entre a ingestão das substâncias acima aludidas e a condução anormal do veículo automotor.

1.5. Prova da Embriaguez

A prova da ingestão de álcool é, por excelência, a pericial. Dispõe o art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro que o condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de haver excedido os limites de concentração de álcool, será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia, ou outro exame que por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado.

Ressalte-se, no entanto, que o condutor do veículo automotor não pode ser obrigado a se submeter aos exames. A recusa não enseja presunção de culpa ou a configuração de crime de desobediência. Trata-se de princípio segundo o qual a ninguém deve ser imposta a obrigação de colaborar na coleta de prova contra si mesmo.

1.6. Consumo e Tentativa

A infração consuma-se no exato momento do cometimento do comportamento anormal à direção do veículo automotor, após ter o condutor ingerido substância alcoólica ou de efeitos análogos.

A tentativa, como se percebe, é impossível.

1.7. Concurso de Crimes

A ordem natural é a de que os crimes de resultado previstos no Código de Trânsito Brasileiro – homicídio e lesões corporais culposos de trânsito – absorvam a embriaguez ao volante, porque esse é um crime de perigo. É importante notar, no entanto, que a lesão corporal tem como pena máxima dois anos de detenção, enquanto o delito em estudo é punido, no máximo, com três anos de detenção. Assim, cuidando-se de lesão corporal culposa (art. 303), não agravada pelas circunstâncias de aumento previstas no parágrafo único do art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro, pensamos deva prevalecer a infração mais severa, no caso, a embriaguez ao volante.

No caso de concurso com o art. 309 (falta de habilitação ou permissão para dirigir, ou estando com esse direito cassado), a embriaguez ao volante o absorverá. Ambas as infrações são de perigo, sendo uma delas mais severa. Impõe-se a aplicação da agravante genérica prevista no inc. III do art. 298 do Código de Trânsito Brasileiro.

A embriaguez ao volante absorverá, ainda, os arts. 308 ("racha") e 311 (excesso de velocidade).

1.8. Infração Administrativa Correspondente

Art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro.

2. COMPETIÇÃO NÃO AUTORIZADA

"Art. 308– Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, desde que resulte dano potencial à incolumidade pública ou privada: Pena – detenção de seis meses a dois anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor."

2.1. Qualificação Doutrinária

O delito em estudo é de concurso necessário, pois exige a participação de dois ou mais motoristas. Cuida-se de crime de perigo e plurissubsistente.

2.2. Sujeitos

Como sujeito ativo figura o condutor de veículo automotor. É viável a participação que, em princípio, poderia ser configurada com o comportamento de co-pilotos, fiscais, organizadores do evento etc.

2.3. Derrogação do Art. 34 da Lei das Contravenções Penais

O comportamento descrito no art. 308 do Código de Trânsito Brasileiro era tipificado como contravenção.

2.4. Ação Nuclear

Participar, isto é, tomar parte em corrida, disputa ou competição.

2.5. Corrida, Disputa ou Competição

Corrida, segundo o dicionário Aurélio, é o caminho entre dois pontos conhecidos, ou competição esportiva em que se percorrem distâncias predeterminadas.

Disputa, por sua vez, significa o esforço para se obter algo ou alguém. Para o Prof. DAMÁSIO, a disputa é o "racha". Dos núcleos nos parece o de conteúdo mais amplo.

Competição: busca simultânea, por dois ou mais indivíduos, de uma vantagem, uma vitória, um prêmio. A modalidade exige um número maior de "participantes". Para o Prof. DAMÁSIO, impõe-se um número mínimo de três motoristas.

2.6. Elementos Espacial e Normativo do Tipo

A competição, a disputa ou a corrida devem ocorrer na via pública e carecer de autorização da autoridade de trânsito competente (art. 67 do CTB).

2.7. Consumação e Tentativa

Consuma-se com o início da competição. É imprescindível que haja a violação das regras de trânsito, notadamente a velocidade incompatível com a segurança, o desrespeito à sinalização. Ou seja, deve haver desrespeito às normas de segurança no trânsito de veículos automotores.

2.8. Concurso de Crimes

Ocorrendo resultado morte ou lesão corporal, o "racha" será absorvido. No caso de homicídio, dependendo das peculiaridades do caso concreto, poderá ser reconhecido o dolo eventual, que ensejará o julgamento pelo Tribunal do Júri.

A falta de habilitação e o excesso de velocidade, infrações menos severas, serão absorvidas pelo "racha".

O art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, entretanto, absorverá o art. 308.

2.9. Transação Penal

Aplicando-se o parágrafo único do art. 291, sob a luz do *caput* do citado dispositivo, concluímos que é aplicável a transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099/95). A composição civil e a representação são inaplicáveis em razão da ausência de vítima determinada.

2.10. Infrações Administrativas Correspondentes

Arts. 173 e 174 do Código de Trânsito Brasileiro.

3. FALTA DE HABILITAÇÃO

"Art. 309 – Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida permissão para dirigir ou habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano:

Penas – detenção, de seis meses a um ano, ou multa."

3.1. Qualificação Doutrinária

Trata-se de crime de mera conduta e de lesão à segurança no trânsito de veículos automotores, bem jurídico tutelado pela norma.

3.2. Sujeitos

Como sujeito ativo temos o condutor de veículo automotor. Trata-se de crime de mão própria, o que inviabiliza a co-autoria. A participação, no entanto, é viável, desde que a conduta do agente não seja uma das inseridas no art. 310 do Código de Trânsito Brasileiro, o que determina o enquadramento em figura penal autônoma. Veja-se a redação do art. 310:

"Permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com a habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou, ainda, a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança".

O sujeito passivo é a coletividade.

3.3. Requisitos do Crime

- Direção de veículo automotor, em via pública, sem a *devida* permissão ou habilitação para dirigir, ou se cassado esse direito (art. 263 do CTB).
- Comportamento anormal à direção do veículo.

Nota-se, portanto, que não basta à configuração do delito a mera falta de permissão, habilitação ou cassação desse direito. Exige-se uma conduta anormal à direção do veículo automotor, tais como o desrespeito à sinalização de trânsito ou o excesso de velocidade.

3.4. Derrogação do Art. 32 da Lei das Contravenções Penais

A mera falta de habilitação, ou seja, aquela desacompanhada do comportamento anormal à direção de veículo automotor, configura simples ilícito administrativo. Por outras palavras, trata-se de fato atípico sob o ponto de vista penal. Nesse sentido decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 14.2.2001, ao julgar o HC n. 80.362, sendo Relator o Min. Ilmar Galvão.

Frise-se, entretanto, que há precedentes em sentido oposto no Superior Tribunal de Justiça e no TACrimSP. Essas decisões, anteriores ao julgamento do Supremo Tribunal Federal acima aludido, aplicavam o art. 32 da Lei das Contravenções Penais à mera condução sem habilitação.

O art. 32 da Lei das Contravenções Penais ainda incide no caso de direção, sem habilitação, de embarcação a motor em águas públicas.

Direção de ciclomotores – trata-se de veículo automotor com características especiais, discriminadas no Anexo I do Código de Trânsito Brasileiro: *veículo de duas ou três rodas, provido de combustão interna, cuja cilindrada não exceda a cinquenta centímetros cúbicos e cuja velocidade máxima de fabricação não exceda cinquenta quilômetros por hora*. Segundo o art. 141 do Código de Trânsito Brasileiro, a condução de ciclomotor depende de "autorização" a ser regulamentada pelo CONTRAN. Ora, não sendo exigida

habilitação, mas mera autorização, a ausência dessa é insuficiente para caracterizar o crime descrito no art. 309. Portanto, a condução de ciclomotor sem *autorização é comportamento atípico*.

3.5. Consumação e Tentativa

A consumação ocorrerá no momento em que o condutor praticar o comportamento anormal à direção de veículo automotor. A tentativa é inviável.

3.6. Elemento Espacial do Tipo

O comportamento típico deve ser praticado em via pública. Vias internas de condomínios ou loteamentos fechados são consideradas como vias públicas (Art. 2.º, par. ún., do CTB e Lei n. 6.766/79).

3.7. Elemento Normativo do Tipo

Está presente na expressão "sem a **devida** permissão ou habilitação". O art. 143 do Código de Trânsito Brasileiro apresenta as diversas categorias de habilitação (de A a E). Decorre que a habilitação do condutor deverá ser adequada ao veículo automotor por ele conduzido, sob pena de configurar o crime previsto no art. 309.

3.8. Questões Diversas sobre o Art. 309

- Condutor surpreendido sem estar portando a Carteira Nacional de Habilitação: trata-se de mera infração administrativa (arts. 159, § 1.º e 232 do CTB).
- Condução de trator na via pública: exige permissão ou habilitação nas categorias C, D ou E (art. 144 do CTB).
- Condução com o exame médico vencido há mais de 30 dias: mera infração administrativa (art. 162, inc. V). Esse posicionamento foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, com fundamento no princípio da proporcionalidade, porque não se pode equiparar a situação do condutor que deixou de renovar o exame médico com a daquele que sequer prestou exames para obter a habilitação.
- Condução com a CNH falsa: o condutor do veículo automotor responderá como incurso nos arts. 309 do Código de Trânsito Brasileiro e 304 do Código Penal (uso de documento falso), em concurso material de infrações (art. 69 do CP). As objetividades jurídicas dos delitos mencionados são diversas: segurança no trânsito de veículos automotores e fé pública.
- Condução com a permissão ou habilitação suspensas: a classificação jurídico-penal será feita com base no art. 307 do Código de Trânsito Brasileiro.

Atenção: a habilitação posterior ao fato, ou seja, após ter sido o condutor surpreendido dirigindo sem habilitação, não exclui o crime.

Juizados Especiais Criminais: sendo o crime previsto no art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro, punido, no máximo, com um ano de detenção, a competência para apreciá-lo será do JECrim, incidindo a Lei n. 9.099/95.

Concurso de crimes: o previsto no art. 309 será absorvido pelo outro crime de trânsito; incidirá, conforme a hipótese, a causa de aumento estabelecida no parágrafo único do art. 302 ou a agravante genérica disposta no inc. III do art. 298.

4. VELOCIDADE INCOMPATÍVEL COM A SEGURANÇA

"Art. 311 – Trafegar em velocidade incompatível com a segurança nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas, gerando perigo de dano: Pena – detenção, de seis meses a um ano, ou multa".

4.1. Infração Administrativa

Arts. 218 e 220, inc. XIV, do Código de Trânsito Brasileiro.

4.2. Velocidades Máximas e Mínimas Permitidas pelo Código de Trânsito Brasileiro

Elas estão previstas, respectivamente, nos arts. 61 e 62 do Código de Trânsito Brasileiro.

4.3. Derrogação do Art. 34 da Lei das Contravenções Penais

O excesso de velocidade era tipificado na figura contravencional supracitada. Entretanto, com a entrada em vigor do Código de Trânsito Brasileiro, a velocidade incompatível com a segurança poderá ser considerada crime ou contravenção, dependendo do local de cometimento da conduta. Sendo praticada nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque ou desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande concentração de pessoas, gerando perigo de dano, haverá crime (art. 311 do CTB). A contravenção permanece em vigor como figura subsidiária.

Ressalte-se que o art. 34 da Lei das Contravenções Penais continua sendo aplicável à direção de embarcação a motor em águas públicas, quando põe em perigo a segurança alheia.

4.4. Sujeito Ativo

O condutor de veículo automotor que imprime velocidade excessiva. Entendemos possível a participação.

4.5. Comportamento Típico

Exige-se que o condutor de veículo automotor imprima ao veículo *velocidade incompatível* com a segurança. Para nós, essa velocidade poderá exceder os limites previstos no art. 61 do Código de Trânsito Brasileiro ou ser inferior à metade da velocidade máxima estabelecida para a via de circulação (v. art. 62 do CTB). Mesmo sendo respeitado o limite máximo de velocidade (art. 61), as condições excepcionais do tráfego, tais como a pista escorregadia ou o volume intenso de veículo, poderão exigir que o condutor imprima uma velocidade mais reduzida, i. e., compatível com a segurança.

4.6. Elemento Espacial do Tipo

São os locais indicados no artigo em estudo, a saber: proximidade de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas.

4.7. Consumação e Tentativa

A consumação ocorrerá no momento em que o condutor imprimir ao veículo velocidade incompatível com a segurança, desde que o faça nos locais mencionados no art. 311 do Código de Trânsito Brasileiro. A tentativa, à evidência, é impossível.

4.8. Juizados Especiais Criminais

Sendo o crime previsto no art. 311 do Código de Trânsito Brasileiro, punido, no máximo, com um ano de detenção, a competência para apreciá-lo será do JECrim, incidindo a Lei n. 9.099/95.

4.9. Concurso de Crimes

Como infração de perigo, será o previsto no art. 311 absorvido pelos crimes de resultado mencionados no Código de Trânsito Brasileiro: homicídio e lesões culposos de trânsito (arts. 302 e 303). Na hipótese da falta de habilitação, o disposto no art. 311 a absorve, impondo-se, no entanto, a agravante genérica prevista no art. 298, inc. III, do Código de Trânsito Brasileiro.

5. FRAUDE NA APURAÇÃO DE ACIDENTE DE TRÂNSITO COM VÍTIMA

"Art. 312 – Inovar artificialmente, em caso de acidente automobilístico com vítima, na pendência do respectivo procedimento policial preparatório, inquérito policial ou processo penal, o estado de lugar, de

coisa ou de pessoa, a fim de induzir a erro o agente policial, o perito, ou o juiz: Penas – detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo, ainda que não iniciados, quando da inovação, o procedimento preparatório, o inquérito ou o processo aos quais se refere.”

5.1. Art. 347 do Código Penal (Fraude Processual)

O art. 312 do CTB afasta a aplicação do supracitado artigo do CP, no caso de acidente automobilístico com vítima. Nos demais casos, incidirá o art. 347 do CP.

5.2. Qualificação Doutrinária

O crime definido no art. 312 do Código de Trânsito Brasileiro é comum e formal.

5.3. Sujeitos do Delito

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime. Normalmente, o próprio condutor do veículo automotor. Entretanto, a própria vítima, um dos passageiros dos veículos envolvidos, um advogado, podem figurar no pólo ativo da infração.

Como sujeito passivo figura o Estado. Trata-se de crime contra a administração da justiça, visando a norma impedir que as pessoas mencionadas no tipo possam ser ludibriadas e, assim, impedidas de descobrirem a verdade.

5.4. Consumação e Tentativa

Como já adiantamos, o delito é formal. Portanto, a consumação ocorrerá no momento da alteração dos estados de lugar, de coisa ou pessoa, independentemente do efetivo erro do agente policial, perito ou juiz. A tentativa é admissível, posto que o crime é plurissubsistente. Ou seja, a forma tentada do delito em estudo ocorrerá com o início da inovação e antes que se configure a alteração pretendida.

5.5. Parágrafo único do Art. 312

O dispositivo deixa claro que o crime poderá se configurar antes do início de qualquer procedimento apuratório (levantamento do local, perícia etc). O citado parágrafo está em harmonia com a realidade, haja vista ser antes da chegada dos agentes policiais ou dos peritos que o comportamento típico poderá atingir os objetivos pretendidos pelo agente.

5.6. Juizados Especiais Criminais

Sendo o crime previsto no art. 312 do Código de Trânsito Brasileiro punido, no máximo, com um ano de detenção, a competência para apreciá-lo será do JECrim, incidindo a Lei n. 9.099/95.

MÓDULO XVI

Lei das Execuções Penais – Lei n. 7.210/84

1. FINALIDADE DA EXECUÇÃO PENAL

O cumprimento integral do disposto na sentença e a reinserção social do condenado são os dois objetivos visados pela execução penal. Para tanto, adotou o legislador brasileiro uma teoria mista acerca das finalidades da pena. Nessa, a sanção penal traduz uma retribuição pelo crime cometido (prevenção especial e geral) e a oportunidade para oferecer ao condenado novos conhecimentos que lhe proporcionarão uma alternativa para reintegração na sociedade, abandonando, se assim desejar, a delinquência. Trata-se da fusão da teoria retribucionista ou absoluta com a teoria utilitarista ou relativa.

2. NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO PENAL

Entende-se que a execução penal tem natureza jurídica mista ou complexa, porque nela são praticados atos de natureza administrativa e jurisdicional. Para se comprovar o alegado basta o exame do art. 66 da Lei de Execução Penal, no qual estão as atribuições do juiz das execuções. Nos incisos I a V do mencionado artigo estão os atos do juiz de natureza jurisdicional, enquanto os incisos restantes (VI a IX) têm nítida natureza administrativa (*função judiciária em sentido estrito*).

Cabe ao diretor do estabelecimento penal relevante papel a desempenhar na execução penal. Além de zelar pela manutenção da ordem e da segurança no presídio, dispondo para tanto de poder disciplinar, pratica atos na execução penal. É o diretor que: autoriza a assistência médica ao condenado fora do presídio, quando não houver no estabelecimento meios para garantir a saúde do recluso; concede a permissão de saída nos casos de falecimento ou de doença grave do cônjuge, ascendente ou descendente e da companheira ou companheiro, bem como para tratamento do condenado; concede autorização para o trabalho externo, entre outras atribuições, na execução da pena ou da medida de segurança.

Embora não se negue que a execução penal desenvolva-se nos planos administrativo e jurisdicional, a tutela tendente à efetivação da sanção penal é objeto do processo de execução, de natureza indiscutivelmente jurisdicional. É o que ensina a Prof^ª Ada Pellegrini Grinover.

3. PRINCÍPIOS DA EXECUÇÃO PENAL

3.1. Princípio da Jurisdicionalidade ou Judicialidade da Execução Penal

A jurisdição não se esgota com o trânsito em julgado da condenação, ou seja, não se esgota no processo de conhecimento: ao contrário, ela persiste durante todo o processo de execução. Na verdade, o processo de execução é a segunda e última fase do processo de conhecimento, aplicando-se a ela (execução) o devido processo legal, o que implica a adoção do contraditório, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição, entre outros princípios.

3.2. Princípio do Contraditório

Consiste em dar às partes a ciência dos atos e a possibilidade de prévia manifestação.

3.3. Princípio da Personalização da Pena

Visa evitar a massificação na execução da pena. Segundo o art. 5.º, inc. XLVI, da Constituição Federal, a lei regulará a individualização da pena. Atendendo o comando da CF, o art. 5.º da Lei de Execução Penal prevê que os condenados serão classificados segundo seus antecedentes e sua personalidade, para orientar a individualização e execução penal. A providência deve ser adotada no início da execução da pena. Ela é obrigatória para todos os condenados, qualquer que seja o regime inicial.

Essa classificação é feita pela Comissão Técnica de Classificação (CTC), que elaborará o programa individualizador e fiscalizará o cumprimento da pena (art. 6.º). Tratando-se de pena privativa de liberdade, a CTC é composta por seis pessoas (o diretor do estabelecimento, dois chefes de serviço, um psicólogo, um psiquiatra e um assistente social). Tratando-se de penas restritivas de direitos, a CTC será composta unicamente por dois fiscais do Serviço Social.

Cada estabelecimento penal destinado ao cumprimento da pena (presídio) contará com uma CTC.

Se o regime inicial for fechado, será obrigatório submeter o condenado ao chamado exame criminológico, mencionado no art. 8.º da Lei de Execução Penal. Cuida-se de uma especialização do exame da personalidade e destina-se a dar maiores subsídios à CTC para realizar a classificação do condenado.

O exame criminológico consiste no estudo das informações jurídico-penais e dos exames clínico, morfológico, neurológico, eletroencefalográfico, psicológico e psiquiátrico e no exame social do condenado.

O exame criminológico jamais é feito durante a instrução processual. Trata-se de providência que se toma na execução da pena, ou seja, não se cogita desse exame antes da sentença transitar em julgado.

Em relação ao regime semi-aberto, a providência é facultativa. Considera-se que o art. 8.º da Lei de Execução Penal prevalece sobre o *caput* do art. 35 do CP, que dispõe ser o exame criminológico obrigatório também àqueles que iniciam o cumprimento da pena no regime semi-aberto.

No Estado de São Paulo, o estabelecimento destinado a realizar os exames criminológicos é o Centro de Observação Criminológica (COC), localizado em prédio anexo à Penitenciária do Estado.

Outras incumbências da CTC: além de elaborar o programa individualizador, destinado à classificação do condenado, incumbe também à CTC o acompanhamento da execução das penas privativas e restritivas de direitos, podendo propor ou avaliar progressões ou regressões nos regimes. Poderá propor, ainda, a conversão da pena privativa de liberdade ou emitir parecer para a concessão do livramento condicional.

No desempenho das suas atribuições, a CTC poderá entrevistar pessoas, requisitar dados ou informações a entidades públicas ou privadas, ou realizar outras diligências e exames necessários.

3.4. Princípio da Publicidade

Todos os atos da execução são públicos, salvo aqueles que devam ser mantidos em sigilo para salvaguardar a intimidade do condenado ou para a garantia de interesse social. É o que dispõe o inc. LX do art. 5.º da Constituição Federal.

3.5. Princípio da Ampla Defesa

Consiste na autodefesa, que significa a necessidade de ouvir o condenado e o advogado que lhe assiste nas decisões que importarem modificação do título penal executivo. Como lembra Antonio Magalhães Gomes Filho, "se no sistema introduzido pela reforma de 1984 a adequação da pena à pessoa do sentenciado é feita sobretudo na fase de execução, não seria razoável garantir a assistência do defensor técnico durante a fase do conhecimento (art. 261 do CPP) e suprimi-la justamente na oportunidade em que são possíveis as modificações na sanção e no modo de seu cumprimento."

3.6. Princípio da Igualdade

Segundo a Constituição Federal todos são iguais perante a lei. Na execução penal esse princípio traduz a vedação ao tratamento discriminatório do condenado. É evidente que um tratamento diferenciado pode ser dispensado ao condenado, desde que decorrente das suas características pessoais e das peculiaridades do crime por ele praticado (programa individualizador).

3.7. Princípio do Duplo Grau

Os atos judiciais podem ser reexaminados em segunda instância, valendo-se as partes do agravo em execução (art. 197 da LEP), que não tem efeito suspensivo, salvo quando interposto contra decisão que

desinterne ou libere a pessoa do tratamento ambulatorial (art. 179 da LEP).

Em casos especiais a parte poderá valer-se do mandado de segurança para tentar obter o referido efeito suspensivo.

O endereçamento do recurso coincide com a competência do tribunal para o processo de conhecimento.

O rito do agravo não está previsto na Lei de Execução Penal. Adota-se por convenção o rito do recurso em sentido estrito (entendimento predominante).

3.8. Princípio da Legalidade

A execução penal deve seguir estritamente o disposto na lei, para evitar-se a arbitrariedade, os excessos e os desvios que possam ocorrer na execução penal.

4. COMPETÊNCIA

4.1. Regras para Fixação da Competência

- Não importa a Justiça da condenação. Se o preso estiver cumprindo pena em estabelecimento comum da rede estadual, a competência será do juiz das execuções da Justiça Estadual, ainda que a condenação tenha sido emanada pelas Justiças Especiais ou Federais. A regra visa evitar a diversidade de tratamento a presos que se encontram num mesmo estabelecimento. Súmula n. 192 do Superior Tribunal de Justiça: "Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual".
- Todas as execuções formarão um único processo, que tramitará no local onde o condenado estiver preso.

Exceções a essa regra:

a) No Estado de São Paulo, se a pessoa estiver internada no Manicômio Judiciário, na Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté ou no Centro de Reabilitação Penitenciária, sua execução tramitará na Vara das Execuções da capital.

b) Nas comarcas onde houver mais de uma Vara Criminal, será a Lei de Organização Judiciária que fixará a competência.

- O condenado com foro privilegiado ou por prerrogativa de função, terá sua execução tramitando no tribunal que o condenou.
- A execução do *sursis*, da pena restritiva de direito e do albergue transitarão na comarca de domicílio do condenado, desde que seja ela diversa da comarca de condenação.
- A execução da multa: tratando-se de condenado solvente, que não efetuou o pagamento da pena pecuniária, prepondera no Superior Tribunal de Justiça que a execução deverá ser intentada pela Procuradoria do Estado, devendo tramitar o processo executório perante uma das Varas da Fazenda Pública Estadual. O rito a ser observado é o previsto na Lei n. 6.830/1980 (Lei dos Executivos Fiscais).
- A condenação por Vara Distrital é executada na sede da comarca.
- A aplicação da lei mais benéfica, após o trânsito, é feita pelo juiz das execuções e não por meio de revisão criminal ou *habeas corpus*.

MÓDULO XVII

Execução Penal

1. DIREITOS DO CONDENADO

Segundo a Constituição Federal, é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5.º, inc. XLIX). Dispõe o art. 38 do Código Penal, por sua vez, que o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral. É o que também determina a Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84) no seu art. 3.º, ao assegurar ao condenado e ao internado todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. No mesmo sentido os arts. 40 e 41 da Lei de Execução Penal.

É nítida, portanto, a preocupação com a preservação dos direitos dos presos e internados, impondo-se a todas as autoridades e seus agentes o dever de por eles zelar. Não é demais lembrar que o abuso de poder, no tema ora analisado, constitui ilícito penal, assim definido nos arts. 3.º e 4.º da Lei n. 4.898/65 (Lei de Abuso de Autoridade).

Evidentemente que o respeito aos direitos e garantias individuais é exigível também em relação ao preso provisório, i.e., àquele que se encontra detido cautelarmente (prisão temporária, em flagrante, preventiva, por pronúncia e decorrente de sentença condenatória recorrível).

São direitos dos condenados:

a) Assistência material: alimentos, vestuário e instalações higiênicas. Lembre-se que a higiene pessoal e o asseio da cela são deveres do preso (art. 39, inc. IX, da LEP).

b) Assistência educacional: compreende a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado (art. 17 da LEP). Todos, segundo a Constituição, têm o direito de receber educação (art. 205). Trata-se de um direito público subjetivo (art. 208, § 1.º, da CF), incumbindo ao Estado o dever de proporcionar o ensino fundamental gratuito a todos, inclusive àqueles que a ele não tiveram acesso na idade própria (art. 208, inc. I, da CF). Sendo um poderoso instrumento de revalorização do ser humano e de reinserção social do preso, a assistência educacional desempenha papel de destaque dentro da execução penal.

c) Assistência religiosa.

d) Assistência social: nos termos do art. 23 da Lei de Execução Penal, tem a finalidade de amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade.

e) Assistência à saúde: independentemente de ser o preso segurado ou não da Previdência Social. O art. 14 da Lei de Execução Penal determina que ao preso se prestará assistência à saúde, de caráter preventivo ou curativo, compreendendo o atendimento médico, farmacêutico e odontológico. Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento (art. 120, inc. II, e par. ún., da LEP).

f) Assistência jurídica: disciplinada nos arts. 15 e 16 da Lei de Execução Penal, destinando-se àqueles que não disponham de recursos financeiros para constituir um advogado. Os dispositivos estão em harmonia com o inc. LXXIV da Constituição Federal: "O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos." A assistência jurídica é imprescindível para, juntamente com os demais órgãos da execução penal, assegurar ao preso o respeito aos seus direitos e garantias, numa execução que atenda o *devido processo legal*.

g) Trabalho: terá finalidade educativa e produtiva (art. 28 da LEP) e será remunerado (art. 29 da LEP), não podendo tal remuneração ser inferior a três quartos do salário mínimo. Há previsão de descontos: para a indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios; para a assistência à família e para o pagamento de pequenas despesas pessoais (art. 29, § 1.º, da LEP). O restante (*sic*) constituirá um pecúlio, objeto de depósito em caderneta de poupança, que será liberado quando o preso for colocado em liberdade.

Além de ser um direito, o trabalho é um dever do condenado (art. 39, inc. V, da LEP), constituindo a inobservância falta grave, nos termos do art. 50, inc. VI, da Lei de Execução Penal. O sentenciado por crime político não está obrigado a trabalhar (art. 200 da LEP), o que se aplica também ao preso provisório. Caso

este trabalho, deverá fazê-lo exclusivamente no interior do estabelecimento prisional.

Ao trabalho do preso não se aplicam os dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (art. 28, § 2.º, da LEP), porquanto é de direito público a natureza do contrato de trabalho. Ao preso são estendidos os benefícios decorrentes de acidente do trabalho.

Pode o trabalho ser industrial, agrícola ou intelectual. Procura-se evitar o artesanato sem expressão econômica.

A jornada de trabalho é de seis a oito horas. Esse limite máximo pode ser alterado em casos excepcionais, desde que autorizado pela direção do estabelecimento.

g.1. Trabalho externo

O preso que cumpre sua pena em regime fechado poderá obter autorização para o trabalho externo, concedida pela direção do estabelecimento (art. 37 da LEP), observados os seguintes requisitos:

- Cumprimento de, no mínimo, um sexto da pena.
- Trate-se de serviço ou obras públicos, mesmo que realizados por entidades privadas. Nesse caso, o trabalho dependerá de consentimento expresso do preso.
- Realização mediante vigilância.
- Aptidão do preso para as tarefas que lhe serão confiadas.
- Disciplina e responsabilidade.
- O número de presos não poderá exceder a dez por cento do total de empregados na obra.

Os presos que cumprem pena no regime semi-aberto poderão obter a mesma autorização, sendo-lhes facultado o trabalho em serviços ou obras privadas. Não se exigirá escolta. Nos termos da Súmula n. 40 do Superior Tribunal de Justiça, para a obtenção da autorização para o trabalho externo será considerado o tempo de cumprimento de pena no regime fechado.

A autorização para o trabalho externo poderá ser revogada – é o que estabelece o parágrafo único do art. 37 da Lei de Execução Penal – quando o condenado praticar fato definido como crime, cometer falta grave ou tiver mau comportamento.

g.2. Remição

O trabalho, além de ser um direito e um dever do condenado, propicia a antecipação da liberdade. Consoante dispõe o art. 126 da Lei de Execução Penal, a cada três dias de trabalho poderão os condenados que cumprem pena nos regimes fechado e semi-aberto obter o desconto de um dia de pena privativa de liberdade.

O benefício exige o efetivo trabalho, salvo na hipótese de acidente do trabalho (art. 126, § 2.º, da LEP). Será declarado pelo juiz da execução, ouvido o Ministério Público.

A falta grave ensejará a perda do tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar, consoante determina o art. 127 da Lei de Execução Penal. Resta saber se os dias remidos já declarados por decisão do juiz da execução serão atingidos. Por outras palavras, a decisão que defere a remição opera a preclusão, caso não seja interposto o agravo em execução? Para uma corrente jurisprudencial a resposta é positiva. Veja a transcrição da seguinte ementa:

“Remição. Reconhecimento por decisão transitada em julgado. Inaplicabilidade do art. 127 da LEP. A remição é um direito público subjetivo do condenado que, uma vez reconhecido judicialmente, por decisão transitada em julgado, não mais lhe poderá ser retirado. Interpretação diversa do instituto importaria afronta ao disposto no art. 153, § 3.º, CF.” (TACrimSP, Ag.n. 531.081, rel. Juiz Paulo Franco.)

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, tem decidido de forma diversa. Nesses termos o *Habeas Corpus* n. 77.592-0/SP, cujo relator foi o Min. Ilmar Galvão. No respectivo acórdão, baseado nas lições de Alberto Silva Franco e Julio Fabbrini Mirabete, foi reconhecido que a decisão que declara os dias remidos está sujeita à cláusula *rebus sic stantibus*. A inexistência de punição por falta grave é um dos requisitos exigidos para que o condenado mantenha o benefício da redução da pena. É o que ocorre também com a decisão que concede

o *sursis* ou o livramento condicional, quando o condenado pratica novo crime ou sofre condenação durante o período de prova.

h) Previdência Social(art. 41, inc. III, da LEP): tratando-se de dispositivo não auto-aplicável, aplicam-se as Leis ns. 8.212/91 e 8.213/91. Estão previstos o auxílio-reclusão (arts. 18, inc. II, e 80 da Lei n. 8.213/91) e a gratificação natalina (art. 40 da Lei n. 8.213/91).

Para que os dependentes do preso possam pleitear o auxílio-reclusão, é necessário que a pessoa presa seja segurada da Previdência Social. No que diz respeito à aposentadoria, considerada como uma questão controvertida, parece-nos possível que o tempo na prisão possa ser computado desde que o condenado continue contribuindo como segurado facultativo.

i) Direito à visita: o preso tem direito a receber a visita do cônjuge, companheiro, parentes e amigos, em dias determinados pela direção do estabelecimento. Visa-se a manutenção dos laços afetivos, tornando menos árdua a permanência no cárcere e viabilizando a reinserção social do condenado.

Esse direito pode ser objeto de restrição por parte da autoridade administrativa ou mesmo de suspensão.

i.1. Visita íntima

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária aprovou a Resolução n. 1, de 30.3.1999, disciplinando o assunto. A publicação deu-se em 5.4.1999, no *Diário Oficial* (ver Boletim n. 79 do *IBCCrim*, de junho de 1999, p. 17). A Resolução recomenda aos Departamentos Penitenciários Estaduais ou órgãos congêneres que seja assegurado o direito à visita íntima aos presos de ambos os sexos, recolhidos aos estabelecimentos prisionais. Pontos de destaque:

- a) direito assegurado a ambos os sexos;
- b) recepção de cônjuge, companheiro (a), ou outro parceiro;
- c) direito assegurado, pelo menos, uma vez por mês;
- d) o direito de visita íntima não pode ser suspenso ou proibido por questões disciplinares (ver a Resolução);
- e) ao ingressar no estabelecimento, o preso deve indicar o nome do cônjuge ou de outro parceiro;
- f) esse parceiro ou o cônjuge deve cadastrar-se no estabelecimento prisional;
- g) o preso não pode indicar mais de uma pessoa;
- h) a direção do estabelecimento deve providenciar local reservado, preservando-se a privacidade e a inviolabilidade.

j) Entrevista pessoal com advogado: o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n. 8.906/94) assegura ao preso a entrevista pessoal e reservada com o seu advogado (art. 7.º, inc. III, e art. 41, inc. IX, da LEP).

l) Contato com o mundo exterior: previsto no inc. XV do art. 41 da Lei de Execução Penal, concretiza-se por meio de correspondência escrita, da leitura de jornais, revistas, periódicos, pela televisão e rádio, entre outros.

Com relação às correspondências, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a leitura. Razões de ordem jurídica justificam o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, fundadas na manutenção da ordem dentro do estabelecimento; para evitar-se o contato do condenado com grupos criminosos; para impedir o tráfico de entorpecentes; para impedir a introdução de material explosivo, ou publicações pornográficas. A Portaria n. 3/83 da Coordenadoria dos Estabelecimentos Penitenciários do Estado de São Paulo (Coespe) veda à direção do estabelecimento a violação do sigilo da correspondência, quando ela for endereçada ao juiz ou ao Promotor de Justiça.

O direito de comunicação pode ser objeto de suspensão ou restrição por parte da direção do estabelecimento. É o que dispõe o parágrafo único do art. 41 da Lei de Execução Penal.

m) Igualdade de tratamento: trata-se de verdadeiro princípio da execução penal. Como regra, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5.º, *caput*, da CF). Assim, nenhum condenado deve sofrer tratamento discriminatório, salvo aquele decorrente da individualização de sua execução penal (art. 5.º da LEP).

Derradeiramente, cumpre consignar que aos presos são assegurados, também, os seguintes direitos: a

proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; o exercício de atividades profissionais, intelectuais, artísticas ou desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; chamamento nominal; audiência especial com o diretor do estabelecimento; representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito.

2. DEVERES DO CONDENADO

Estão os deveres do condenado relacionados nos arts. 38 e 39 da Lei de Execução Penal. O legislador deixou claro, por meio do art. 38 da Lei de Execução Penal, que a submissão do condenado às normas de execução da pena constitui um dever. Por outras palavras, é um dever do sentenciado submeter-se ao cumprimento da pena privativa de liberdade que lhe foi imposta. Assim, enfatiza Mirabete, que “frente ao pretendido direito ou dever de fugir que todo preso teria, conforme certa doutrina, é adequado registrar-se na lei que estará desobedecendo a um dever para com a Administração ao tentar adquirir a liberdade pela fuga ou evasão”. Pratica o condenado falta disciplinar grave (art. 50), além de um ilícito penal, caso a evasão seja cometida com violência à pessoa (art. 352 do CP).

Do quadro geral de deveres instituído no art. 39, destacamos inicialmente o previsto no inc. I, ou seja, o comportamento disciplinado e o cumprimento fiel da sentença, na esteira do que salientamos no parágrafo anterior. A disciplina, segundo dispõe o art. 44 da Lei de Execução Penal, consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho. O comportamento disciplinado também é exigido do preso provisório (parágrafo único do art. 44 da LEP). O descumprimento dessa obrigação significa o cometimento de uma falta disciplinar grave, consoante dispõe o art. 50, inc. I, da Lei de Execução Penal. Assim, não basta submeter-se ao cumprimento da pena, porquanto deverá o condenado fazê-lo com respeito à ordem. O condenado será cientificado das normas disciplinares no início da execução da pena (art. 46 da LEP).

Preceitua o inc. II do art. 39 o dever de obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se. O descumprimento desses deveres, além de configurar falta grave (art. 50, inc. VI), pode tipificar crimes definidos no Código Penal, tais como o desacato, a resistência, a desobediência ou a prática de um crime contra a honra.

Por força do disposto no inc. III do art. 39, deve o condenado tratar os demais sentenciados com urbanidade e respeito.

Deve, também, o condenado opor-se aos movimentos individuais e coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina. É o que reza o inc. IV do art. 39 em estudo. Reafirma-se, pois, a inexistência de um suposto “direito de fuga”. A Lei de Execução Penal foi mais além, pois exigiu que o preso se oponha a tais movimentos. São previstas como faltas graves a fuga (art. 50, inc. II) e a incitação ou a participação de movimento para subverter a ordem ou a disciplina (art. 50, inc. I). Como enfatiza Mirabete, tais comportamentos podem configurar o crime de motim de presos (art. 354 do CP) ou de dano contra o patrimônio público (art. 163, par. ún., inc. III, do CP).

O trabalho, como já foi dito, além de ser um poderoso instrumento de ressocialização e um direito do preso, é um dever. Assim, incumbe ao condenado executar o trabalho. Além do trabalho, o inc. V do art. 39 afirma que o preso deve executar as tarefas e as ordens recebidas da administração do estabelecimento penitenciário. São exemplos o acatamento à ordem de saída ou de regresso à cela; o cumprimento à determinação de revista pessoal ou na cela; o respeito à ordem de silêncio noturno; a colaboração na manutenção do estabelecimento, entre outros.

Deve o condenado submeter-se à sanção disciplinar que lhe for imposta. Inicialmente, ressalte-se que não haverá sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar (art. 45). Trata-se da extensão do princípio da reserva legal ou da legalidade às sanções disciplinares, tal como ocorre com as infrações penais e suas respectivas penas (arts. 5.º, inc. XXXIX, da CF e 1.º do CP). Num verdadeiro Estado democrático não poderia ser de outra forma. A inexistência de um rol prévio e exaustivo das infrações daria ensejo à arbitrariedade. Assim, no art. 50 da Lei de Execução Penal foram dispostas as infrações disciplinares graves. As médias e leves devem ser previstas em leis ou regulamentos locais. As sanções estão previstas no art. 53 da Lei de Execução Penal: I – advertência verbal; II – repreensão; III – suspensão ou restrição de direitos (art. 41, par. ún.); IV – isolamento na própria cela ou em local adequado. As faltas

graves são impostas as sanções previstas nos incs. III e IV acima expostos (art. 57, par. ún.). Diga-se, finalmente, que o poder disciplinar é exercido pelo diretor do estabelecimento (art. 47), podendo aplicar as sanções previstas nos incs. I a III do art. 53. O isolamento na própria cela ou num local adequado será imposto pelo conselho disciplinar (art. 54). A imposição da sanção deve ser precedida de um procedimento de apuração, assegurada a ampla defesa.

O condenado deve, ainda, indenizar a vítima ou seus sucessores dos prejuízos decorrentes da infração (art. 39, inc. VII), podendo a autoridade administrativa descontar parcela da remuneração ao trabalho, desde que a indenização à vítima ou sucessores tenha sido determinada na sentença (art. 29, § 1.º, "a").

O inc. VIII do art. 39 preceitua que o condenado deve indenizar o Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho. O percentual de desconto deve ser estabelecido na lei local (art. 29, § 1.º, "d"). Trata-se de obrigação residual, porquanto depende da existência de recursos para a satisfação dos demais descontos da remuneração do trabalho, tais como a indenização dos danos, a manutenção da família e o pagamento de pequenas despesas pessoais.

Evidente que a higiene pessoal e o asseio da cela são deveres aos quais o condenado deve se submeter (art. 39, inc. IX). O mesmo se diga em relação à conservação dos objetos de uso pessoal (art. 39, inc. X). O descumprimento, dependendo da existência de lei ou regulamento local, pode configurar falta média ou leve.

Ao preso provisório, consoante dispõe o parágrafo único do art. 39, são impostos os deveres compatíveis com a sua situação processual, tais como o comportamento disciplinado (art. 39, inc. I, primeira parte); a obediência ao servidor e o respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se (art. 39, inc. II); urbanidade e respeito no trato com os demais presos (art. 39, inc. III); conduta oposta aos movimentos individuais e coletivos de fuga ou de subversão à ordem e à disciplina (art. 39, inc. IV); execução de tarefas e ordens recebidas (art. 39, inc. V, parte final); submissão à sanção disciplinar imposta (art. 39, inc. VI); higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento (art. 39, inc. 1 IX); e, finalmente, conservação dos objetos de uso pessoal (art. 39, inc. X). Não lhe podem ser exigidos os seguintes deveres: cumprimento fiel da sentença (art. 39, inc. I, segunda parte); a execução do trabalho (art. 39, inc. V, primeira parte), porquanto goza o preso provisório da faculdade de trabalhar (art. 31, par. ún.); indenização à vítima ou seus sucessores (art. 39, inc. VII); a indenização ao Estado das despesas de sua manutenção no cárcere (art. 39, inc. VIII), as duas últimas decorrentes de uma condenação transitada em julgado.

3. QUADRO DOS DIREITOS E DEVERES DO CONDENADO

Para possibilitar uma visualização dos direitos e deveres acima estudados elaboramos o quadro abaixo:

Direitos	Deveres
Assistência material (alimentação suficiente e vestuário – art. 41, inc. I), à saúde, jurídica, educacional e religiosa (art. 41, inc. VII)	Submeter-se às normas de execução da pena (art. 38)
Trabalho e remuneração (art. 41, inc. II)	Comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença (art. 39, inc. I)
Previdência Social: assistência médica, seguro acidente do trabalho e auxílio reclusão (art. 41, inc. III, e Leis n. 8.212/91 e n. 8.213/91)	Obediência e respeito ao servidor e a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se (art. 39, inc. II)
Constituição de pecúlio (art. 41, inc. IV)	Urbanidade e respeito no trato com os demais condenados (art. 39, inc. III)
Distribuição proporcional do tempo para o trabalho, descanso e recreação (art. 41, inc. V)	Conduta oposta aos movimentos de fuga ou de subversão à ordem e à disciplina (art. 39, inc. IV)
Exercício de atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores (art. 41, inc. VI)	Execução do trabalho, das tarefas e ordens recebidas (art. 39, inc. V)
Proteção contra o sensacionalismo (art. 41, inc. VIII)	Submissão à sanção disciplinar imposta (art. 39, inc. VI)
Entrevista pessoal e reservada com o advogado (art. 41, inc. IX)	Indenização às vítimas ou aos seus sucessores (art. 39, inc. VII), desde que

	determinado na sentença
Visita do cônjuge, companheiro, parentes e amigos, em dias determinados (art. 41, inc. X). É possível a "visita íntima"	Indenização ao Estado das despesas com sua manutenção (art. 39, inc. VIII)
Uso do próprio nome (art. 41, inc. (art. XI)	Higiene pessoal e asseio da cela (art.39, inc. IX)
Igualdade de tratamento, salvo quanto à individualização da pena (art. 41, inc. XII)	Conservação de objetos de uso pessoal (art. 39, inc. X)
Audiência com o diretor (art. 41, inc. XIII)	
Direito de representação (art. 41, inc. XIV)	
Contato com o mundo exterior (correspondência escrita, leitura e outros meios): art. 41, inc. XV	
Tratamento por médico particular (art. 43)	

Notas: 1) *Direitos* previstos nos incs. V, X e XV podem ser *suspensos ou restringidos* pelo diretor do estabelecimento carcerário, desde que o faça motivadamente (parágrafo único do art. 41 da LEP); 2) Exige-se do preso provisório a observância dos deveres que são compatíveis com sua situação carcerária.

4. ÓRGÃOS DA EXECUÇÃO PENAL

Os órgãos da execução penal são: 1) Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; 2) Juízo da Execução; 3) Ministério Público; 4) Conselho Penitenciário; 5) Departamento Penitenciário Nacional e Estadual; 6) Patronato; e 7) Conselho da Comunidade e estão previstos no Título III da Lei de Execução Penal, nos arts. 61 a 81.

Órgãos da Execução Penal		
Órgão	Composição	Incumbências
Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (arts. 62 a 64)	Treze membros (professores e profissionais da área do Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário e ciências correlatas, representantes da comunidade e dos ministérios da área social) designados pelo Ministério da Justiça, para um mandato de dois anos, renovado 1/3 em cada ano. É subordinado ao Ministério da Justiça. Sede no Distrito Federal.	Art. 64 da Lei de Execução Penal: a) propor diretrizes da política criminal quanto à prevenção do crime, administração da justiça criminal e execução das penas e medidas de segurança; b) promover a avaliação periódica do sistema criminal; c) elaborar programa de formação e aperfeiçoamento do servidor; d) inspecionar e fiscalizar os estabelecimentos penais; e) acompanhar a execução penal nas unidades federadas, propondo as medidas adequadas ao aprimoramento; f) representar ao juiz da execução a instauração de sindicância ou procedimento administrativo no caso de violação das normas da execução penal; g) representar pela interdição de estabelecimento penal, entre outras incumbências previstas no art. 64.
Departamentos Penitenciários Nacional (art. 24, inc. I, da CF) e Estadual (facultativo) – arts. 71 e ss. da Lei de Execução Penal	Composição não estabelecida na Lei de Execução Penal. A Coordenadoria dos Estabelecimentos Penitenciários é, no Estado de São Paulo, o Departamento Penitenciário local.	Art. 72: I–Acompanhar a fiel aplicação das normas de execução penal em todo o território nacional; II–Inspeccionar e fiscalizar periodicamente os estabelecimentos e serviços penais; III –Assistir tecnicamente as unidades federativas na implementação dos princípios e regras estabelecidos nesta Lei; IV– Colaborar com as unidades federativas, mediante convênios, na implantação de estabelecimentos e serviços penais; V–Colaborar com as unidades federativas para a realização de cursos de formação de pessoal

		penitenciário e de ensino Profissionalizante do condenado e do internado.
Juízo da Execução (arts. 65 e 66 da LEP)	Lei de Organização Judiciária	Art. 66: I) aplicação da lei penal mais benigna; II) declarar extinta a punibilidade; III) decidir sobre soma ou unificação das penas, progressão ou regressão nos regimes, detração ou remição da pena, sursis, livramento condicional, incidentes da execução; IV) autorizar saídas temporárias; V) determinar forma de cumprimento e conversão da pena restritiva de direitos, conversão da pena privativa em restritiva de direitos, aplicação e revogação da medida de segurança e a substituição por ela da pena privativa de liberdade, a desinternação e o restabelecimento da situação anterior, cumprimento da pena e da medida de segurança em outra comarca; VI) zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança; VII) inspecionar mensalmente estabelecimentos penais; VIII) promover a interdição de estabelecimentos penais; IX) compor e instalar o Conselho da Comunidade. O rol não é exaustivo. O juiz também pratica atos de natureza administrativa (função judiciária em sentido estrito) na execução penal.
Ministério Público (arts. 67 e 68 da LEP)	Promotor de Justiça das Execuções Criminais	Art. 67: fiscalização da execução da pena e da medida de segurança Incumbe-lhe a visita mensal aos estabelecimentos penais Ver o art. 68. O rol também não é exaustivo. A não-intimação do Ministério Público, nas decisões que afetam diretamente o título pena executivo ou alteram a forma de cumprimento da pena, gera nulidade absoluta. O Ministério Público também tem função requerente na execução penal.
Patronato (arts. 78 e 79 da LEP)	Público ou particular (art. 78)	Art. 79: assistência aos albergados e aos egressos (art. 26). Incumbe-lhe, ainda, orientar os condenados à pena restritiva de direitos; fiscalizar o cumprimento da limitação de final de semana e prestação de serviço comunitário; colaborar na fiscalização do cumprimento do livramento condicional e do sursis.
Conselho da Comunidade (arts. 80 e 81 da LEP)	Composição mínima: um representante da associação comercial ou industrial; um advogado e um assistente social (art. 80). Existência em cada comarca.	Art. 81: visita mensal aos estabelecimentos penais; entrevistar os presos; relatórios mensais ao juiz e ao Conselho Comunitário e obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência ao preso ou internado.
Conselho Penitenciário (arts. 69 e 70 da LEP)	No Estado de São Paulo, é composto por 30 membros, escolhidos pelo Governador entre profissionais da área do Direito Penal e Processual Penal e ciências correlatas, bem como por representantes	Art. 70 da Lei de Execução Penal: É órgão consultivo e fiscalizador da execução da pena. Entre as atribuições destacam-se: emissão de parecer sobre o indulto, livramento condicional e comutação da pena; inspecionar estabelecimentos e a assistência aos egressos.

	da comunidade. O mandato é de quatro anos. Ver a Resolução n. 2, de 30.3.1999, do CNPCP(Boletim n. 79 do IBCCrim)	
--	---	--

Tais órgãos devem atuar em harmonia, objetivando a consecução dos objetivos definidos pela Lei de Execução Penal. Não há, portanto, hierarquia entre eles. Suas atribuições são delimitadas na Lei de Execução Penal para, justamente, evitar conflitos.

MÓDULO XVIII

Execução das Penas Privativas de Liberdade

1. SISTEMA ADOTADO PELA LEI N. 7.210/84

A Lei de Execução Penal, conhecida como LEP, adotou o sistema progressivo, que consiste na passagem por regimes de cumprimento de pena em ordem decrescente de severidade, desde que presentes os requisitos legais. Preceitua o art. 33, § 2º, do CP, que as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado e os critérios previstos no citado parágrafo, ressalvada a possibilidade de transferência para regime mais rigoroso. Por meio desse sistema, visa-se preparar o condenado para o retorno à vida em sociedade, minimizando, paulatinamente, o rigor no cumprimento da pena privativa de liberdade e atribuindo ao condenado uma crescente dose de responsabilidade.

2. COMPETÊNCIA DO JUIZ DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS

Inicia-se a competência do juiz das execuções com o trânsito em julgado da condenação (art. 669 do CPP). Frise-se, no entanto, a admissibilidade da execução provisória da sentença transitada em julgado para o MP, sendo também competente o juiz das execuções. Por outras palavras, estando pendente de apreciação recurso exclusivo da defesa, torna-se viável a execução imediata da sentença condenatória. Nesse sentido, posicionaram-se o Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, por intermédio do Provimento n. 653/99, e a Corregedoria Geral da Justiça (Provimento n. 15/99). O Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo determinou a publicação do Aviso sob n. 337/99, no qual noticiou a orientação da Promotoria das Execuções Criminais da Capital, nos seguintes termos: "A execução provisória é admissível, nos termos do Provimento n. 653/99 do Conselho Superior da Magistratura, salvo nas hipóteses em que houver recurso da acusação com possível *reformatio in pejus*, hipótese em que deverão ser tomadas as medidas judiciais competentes, por se tratar de posição institucional".

É importante não vincular o início da competência do juiz das execuções, que se dará nos casos supracitados, com o princípio do processo de execução. O início do processo de execução ocorrerá com a autuação da guia de recolhimento (art. 105).

3. GUIA DE RECOLHIMENTO

Como o próprio nome indica, trata-se de documento que orientará a execução da pena privativa de liberdade. Segundo o disposto no art. 107 da LEP, ninguém será recolhido para cumprimento da pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária. É o juiz do processo de conhecimento que determinará a elaboração e a expedição da guia de recolhimento, desde que o condenado esteja preso ou assim que tal fato lhe for comunicado. O conteúdo da guia de recolhimento está disciplinado no art. 106 da LEP. Ela conterá: o nome do condenado; sua qualificação civil e o número do registro geral no órgão oficial de identificação; o inteiro teor da denúncia e da sentença condenatória, bem como da certidão do trânsito em julgado; a informação dos antecedentes e o grau de instrução; a data do término da pena; outras peças do processo reputadas indispensáveis ao adequado tratamento penitenciário.

A guia de recolhimento será alterada, quando necessário pelo juiz da execução, especialmente quanto ao início e ao término de cumprimento da pena. Segundo determina o art. 76 do CP, no concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a pena mais grave. O CPP, no art. 681, complementa a orientação dispondo que será executada primeiro a de reclusão, depois a de detenção e, por último, a de prisão simples.

4. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL PARA O CUMPRIMENTO DA PENA

Compete ao juiz do processo de conhecimento, na sentença, a fixação do regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 110 da LEP, observado o disposto no art. 33 do CP. Para a determinação do regime inicial concorrerão os critérios estabelecidos no art. 59 do CP (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; comportamento da vítima).

Se a sentença for omissa a respeito, ela poderá ser suprida pelo juiz que a prolatou, por força de embargos declaratórios ou de ofício, enquanto não transitar em julgado. O tribunal, no exame de recurso, poderá determinar que o juiz de primeiro grau complete sua função jurisdicional indicando o regime adequado, suficiente para a reprovação e prevenção do crime (art. 59 do CP). Se o condenado tiver outras condenações, a tarefa de preenchimento da lacuna verificada na sentença poderá ser atribuída ao juiz das execuções. A ele competirá, ainda, a fixação do regime inicial quando houver várias condenações impostas em processos distintos (diversas guias de recolhimento).

5. REGIMES DE CUMPRIMENTO DE PENA

São os previstos no art. 33 do CP: fechado (estabelecimento de segurança máxima ou média); semi-aberto (colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar); regime aberto (casa do albergado ou estabelecimento adequado).

5.1. Quadro da Fixação do Regime Inicial

Fechado	Semi-aberto	Aberto
Reclusão superior a 8 anos. (art. 33, § 2.º, "a", do CP)	Reclusão superior a 4 anos e que não exceda 8 anos. (art. 33, § 2.º, "b", do CP)	Reclusão, detenção e prisão simples: penas iguais ou inferiores a 4 anos.
Reclusão, qualquer que seja a pena, a critério do juiz.(arts. 33, § 3.º, e 59, do CP)	Reclusão igual ou inferior a 4 anos, a critério do juiz (art. 33, § 3.º, e 59, do CP)	
Reclusão, réu reincidente, qualquer que seja a quantidade de pena imposta. (art. 33, § 2.º, "b", do CP)	Detenção superior a 4 anos	
Crimes Hediondos (art. 2.º, § 1.º). Cumprimento integral no regime fechado, salvo para o crime de tortura.	Detenção, réu reincidente, qualquer que seja a quantidade de pena imposta.	
Crime de tortura (art.1.º, § 7.º, da Lei n. 9.455/97). O regime é, inicialmente, fechado.	Detenção igual ou inferior a 4 anos, a critério do juiz (art. 33, § 3.º, e 59 do CP)	
Crimes cometidos por organizações criminosas (art. 10 da Lei n. 9.034/95). O regime é, inicialmente, fechado.		

5.2. Progressão nos Regimes de Cumprimento de Pena

A progressão consiste na passagem por regimes de severidade decrescente, buscando-se assim uma preparação paulatina do condenado para o retorno à sociedade. A progressão está estabelecida no art. 112, da LEP.

5.2.1. Requisitos para a progressão

Em primeiro lugar, deve o condenado ter cumprido um sexto da condenação que lhe foi imposta. É o que dispõe o art. 112, *caput*, da LEP. Essa fração não pode ser alterada pelo juiz do processo de conhecimento, na sentença, sob o argumento de que o réu é perigoso ou o crime é grave. O cálculo é realizado sobre o saldo da pena a cumprir, lembrando-se que pena cumprida é pena extinta.

Mas não basta o atendimento ao requisito objetivo acima exposto. É necessário que o condenado tenha *mérito*, isto é, apresente-se preparado para as responsabilidades inerentes ao regime sucessivo, mais brando. Faz-se uma previsão sobre a adaptação do condenado no novo regime de cumprimento de pena. Essa avaliação é feita pelo exame do seu comportamento no cárcere, do respeito aos demais presos e funcionários do presídio, da inexistência de infrações disciplinares, do comportamento frente ao trabalho, entre outros. Por tal razão, impôs a LEP que a progressão dependerá de parecer da Comissão Técnica de

Classificação (CTC) e do exame criminológico, quando necessário (art. 112, par. ún.). Já salientamos que o exame criminológico só é obrigatório quando o condenado se encontra no regime fechado, nos termos do art. 8.º da LEP. Poderá o juiz das execuções, entretanto, determiná-lo aos condenados que estejam cumprindo pena no regime semi-aberto. É imprescindível, finalmente, a prévia manifestação do MP (art. 67 da LEP).

A conclusão do exame criminológico ou os pareceres da CTC e do MP não vinculam o juiz. Pode, no entanto, constituir sério indício de que o condenado ainda não está preparado para progredir nos regimes de cumprimento de pena.

A progressão para o regime aberto (prisão albergue), por sua vez, exige a satisfação do disposto nos arts. 114 e 115 da LEP. O primeiro diz respeito aos pressupostos para o ingresso no regime aberto, entre eles a continuidade ou a imediata possibilidade de trabalho (art. 114, I). O condenado maior de 70 anos; aquele acometido de doença grave; a condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental e a condenada gestante poderão ser dispensados do trabalho. Há condições gerais e obrigatórias a aceitar e cumprir, todas estabelecidas no art. 115 e seus incisos, da LEP: permanecer no local que for designado, durante o repouso noturno e nos dias de folga; sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados; não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial; comparecer a Juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado. Outras condições especiais poderão ser impostas pelo juiz das execuções criminais.

O condenado estrangeiro, que não pode trabalhar no Brasil, ou cuja expulsão aguarda o cumprimento da pena, não pode ser posto em regime aberto. Não há prisão albergue na Justiça Militar, salvo a situação excepcional de o condenado estar cumprindo pena em presídio comum.

5.2.2. Progressão "por saltos"

É vedada pelo art. 112 da LEP e pelo par. n. 120 da Exposição de Motivos da LEP. A progressão deve ser executada de forma progressiva, com a transferência para o regime imediato menos rigoroso.

Embora exista vedação legal e, também, incompatibilidade sistemática, a inexistência de vagas no regime semi-aberto costuma ensejar o ingresso imediato no regime aberto. É a posição que prevalece na jurisprudência fundada na inércia do Poder Público. Tendo o condenado direito ao regime menos rigoroso é inconcebível mantê-lo no regime mais severo, sob o argumento da inexistência de vaga.

A outra posição sustenta ser possível manter o condenado no regime fechado à espera de vaga no regime sucessivo. Todavia, se novo período de um sexto de cumprimento de pena configurar-se, o ingresso no regime menos severo seria obrigatório.

5.2.3. Prisão albergue domiciliar (PAD)

Trata-se de uma saída encontrada para superar a falta das casas de albergados. Entretanto, a solução encontrada no dia-a-dia forense viola a LEP, haja vista ser a prisão no domicílio reservada aos condenados que se encontrem nas hipóteses do art. 117.

6. OPERAÇÕES DO JUIZ DAS EXECUÇÕES

6.1. Detração

Trata-se de cômputo na pena privativa, na restritiva de direitos, na medida de segurança, e, com controvérsia, na pena de multa, do tempo de prisão provisória, de internação em hospital de custódia e tratamento ou de prisão administrativa impostas ao condenado.

A detração é tarefa exclusiva do juiz das execuções. Não pode ser feita pelo juiz do processo de conhecimento para, por exemplo, propiciar a fixação de um regime de cumprimento de pena menos severo ao réu ou a substituição por uma pena alternativa.

6.1.1. Detração na pena privativa de liberdade

A operação incide sobre o total da condenação imposta na sentença, levando em consideração as informações contidas na guia de recolhimento.

Discute-se o eventual aproveitamento do tempo de prisão provisória referente a outro processo. Suponha-se que o condenado requeira ao juiz das execuções a detração, computando-se o tempo de prisão preventiva decretada em processo penal no qual foi absolvido. Há, como adiantamos, controvérsia. Para uma das orientações, a detração é, no caso, impossível, porque a condenação e o tempo a ser descontado de prisão provisória devem ser relativos a um mesmo processo. Para uma segunda corrente, o tempo de prisão provisória imposta em processo no qual o réu foi absolvido pode ser computado para a detração de pena imposta em outro processo, *desde que relativo a crime anteriormente cometido*.

Visa-se evitar que o condenado pratique crimes com a ciência de que, em caso de eventual condenação, terá a sua pena abatida pela detração. A orientação tem como finalidade evitar uma verdadeira conta corrente entre o condenado e o Estado, isto é, propiciar um acúmulo de tempo de prisão provisória, por exemplo, para posterior utilização.

Exs: 1.º) "A", no dia 25 de agosto de 2001, pratica crime de estelionato. É processado e absolvido. Nesse processo, "A" permaneceu 60 dias em prisão preventiva. 2.º) - "A", no dia 13 de janeiro de 2000, cometeu um homicídio. Foi julgado e condenado a 12 anos de prisão. Tratando-se de crime anteriormente cometido, a detração é possível, abatendo-se dos 12 anos os 60 dias de prisão preventiva acima indicados.

6.1.2. Detração na pena restritiva de direitos

Com a alteração na parte geral do CP, especificamente no § 4.º do art. 44 do CP, foi prevista a possibilidade de conversão da pena restritiva em privativa de liberdade. Assim, suprida uma lacuna anteriormente existente, foi sufragado o entendimento favorável à detração da pena restritiva de direitos. A negação a tal direito ensejaria um tratamento mais severo do que aquele dispensado ao réu condenado a uma pena privativa de liberdade.

6.1.3. Detração na medida de segurança

O abatimento do tempo se faz no prazo mínimo fixado na sentença. Esse prazo, segundo o § 1.º do art. 97 do CP, deverá ser de um a três anos.

6.1.4. Detração na multa

Predomina a impossibilidade da detração. Segundo essa orientação, a alteração do art. 51 do CP, impedindo a conversão da pena pecuniária em detenção, suprimiu o parâmetro que era utilizado para a detração. Há, no entanto, precedentes na jurisprudência em sentido oposto. Para esses posicionamentos, o desaparecimento do parâmetro de conversão não é motivo para a não aplicação da detração, porquanto permanece o "espírito de justiça" que norteava a antiga solução. Ora, se a detração era aplicada à pena privativa de liberdade, por que não poderia estender-se à multa? Assim, continuaríamos a aplicar a detração à pena de multa utilizando o antigo critério previsto no § 1.º do art. 51, isto é, um dia de prisão por dia-multa. Nesse sentido: Agravo em execução n. 1.178.065/4, TACrimSP, rel. juiz Eduardo Pereira, j. 24.2.2000.

6.2. Soma das Penas

Trata-se de operação que pode ser realizada pelo juiz do processo de conhecimento. Ele o faz quando impõe numa única sentença vários crimes ao mesmo réu, considerando as regras do concurso de crimes. A operação também é feita pelo juiz das execuções quando se depara com várias guias de recolhimento, as quais, como já sabemos, retratam condenações a penas privativas de liberdade impostas em processos distintos.

6.3. Unificação das Penas

Há, na verdade, duas hipóteses de unificação. A primeira ocorre quando foram desatendidas as regras do concurso formal próprio e do crime continuado. Por meio da execução será restaurada a unidade penal prevista no CP. É o que dispõe o art. 82 do CPP:

Art. 82 – Se, não obstante a conexão ou continência, forem instaurados processos diferentes, a autoridade de jurisdição prevalente deverá avocar os processos que corram perante outros juízes, salvo se já estiverem com sentença definitiva. Neste caso, a unidade dos processos só se dará, ulteriormente, para o efeito de soma ou de unificação das penas.

A segunda possibilidade decorre do disposto no art. 75 do CP, ou seja, para impedir o cumprimento de pena privativa de liberdade além dos 30 anos. Se a soma das penas ultrapassar 30 anos, serão unificadas nesse montante. Predomina o entendimento de que os diversos institutos previstos na LEP devem ser calculados sobre a soma total das condenações impostas e não sobre o total unificado. O posicionamento de Mirabete é diverso: para ele o total unificado rege toda a execução penal.

6.3.1. Superveniência de nova condenação

Preceitua o § 2.º do art. 75 do CP que, sobrevindo nova condenação por fato posterior ao cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido. Para a jurisprudência, o tempo a ser desprezado é o compreendido entre o início do cumprimento da pena e a data da prática da nova infração. Sobre o saldo da pena é acrescida a nova condenação, unificando-se novamente se for necessário.

6.4. Remição

Cuida-se de abatimento da pena privativa de liberdade em função do trabalho do preso, na proporção de três dias de trabalho para um dia de pena.

O benefício só é admissível àqueles que estão cumprindo pena no regime fechado ou semi-aberto (art. 126 da LEP). Não se estende àqueles que estão no regime aberto porque o trabalho, nesse regime, é condição para o ingresso e permanência.

Aplica-se o instituto às penas privativas de liberdade. Não pode haver remição, por exemplo, na pena restritiva de direitos consistente na prestação de serviços à comunidade, pois nesse caso a pena é cumprida por meio do trabalho.

Não tem direito à remição, também, o condenado que está em período de prova no livramento condicional e aquele que está submetido à medida de segurança.

6.4.1. Preso provisório

O preso provisório faz jus à remição, embora a Lei n. 8.072/90 nada diga a respeito. Tendo direito à detração, não seria justo privar-lhe da remição, desde que tenha efetivamente trabalhado durante o período de custódia cautelar. Sabemos que o preso provisório não tem o dever de trabalhar, mas, se o fizer, deve receber a contraprestação consistente na remuneração e no aproveitamento dos dias para efeito de remição.

6.4.2. Exigência do efetivo trabalho

O benefício exige o efetivo trabalho, de modo que a inércia do Poder Público não gera a aplicação do instituto automaticamente. Há quem sustente opinião diversa, todavia tal corrente é minoritária.

O novo total, ou seja, aquele obtido por meio da remição é o que servirá de base para a aplicação dos institutos da LEP, tais como a progressão dos regimes, o livramento condicional, o indulto, o benefício da saída temporária, entre outros.

6.4.3. Remição pelo estudo

A remição pelo estudo não está prevista na lei. No entanto, a Secretaria da Administração Penitenciária, a FUNAP e a COESPE lançaram, em setembro de 2000, uma campanha para a remição da pena privativa de liberdade pela educação. Essa iniciativa visou a sensibilização de juízes e promotores de justiça para essa nova modalidade de remição. Para tanto, foram os advogados da FUNAP orientados a formular os pedidos para os sentenciados. Segundo consta do ofício remetido aos diretores de estabelecimentos prisionais, o

estudo pode referir-se a aulas do PEB, do Telecurso ou mesmo de cursos profissionalizantes. A cada 18 horas de estudo corresponderia um dia de pena cumprida. Adotou-se, portanto, o critério estabelecido para a remição pelo trabalho, isto é, três dias de trabalho, com uma jornada mínima de seis horas. O fundamento dessa novidade repousa na identidade de finalidades entre a remição pelo trabalho e aquela oriunda do estudo: a reeducação do condenado, oferecendo-lhe condições para uma melhor reintegração social.

Há resistência à concessão da remição pelo estudo, em virtude da sua não previsão legal. Não obstante, especialmente no interior do Estado de São Paulo, existem decisões favoráveis.

6.4.4. Perda do tempo remido

Segundo dispõe o art. 127 da LEP, o condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar.

A questão é controvertida, embora seja claro o dispositivo. Há precedentes reconhecendo a preclusão da decisão que defere a remição, não mais podendo ser revista caso seja ultrapassado o momento oportuno para a interposição do recurso de agravo em execução. Tais decisões vêm na remição um direito público subjetivo do condenado, do qual não pode ser ele privado após a imutabilidade da decisão que lhe concedeu a remição (TACrimSP, Ag. 531.081, Rel. juiz Paulo Franco).

O STF, no entanto, rechaça a tese de direito adquirido, afirmando que a inexistência de punição por falta grave é condição para a manutenção do benefício. Praticando falta grave, enfatiza o STF, o condenado deixa de ter direito à remição, assim como se revogaria o *sursis* ou o livramento condicional quando o condenado pratica novo crime ou sofre condenação durante o período de prova. A remição, portanto, está sujeita à cláusula *rebus sic stantibus*. Nesse sentido: HC n. 77.592-0/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 3.11.98).

7. REGRESSÃO NOS REGIMES DE CUMPRIMENTO DE PENA

A disciplina da regressão encontra-se no art. 118 da LEP. O cumprimento da pena privativa de liberdade ficará sujeita a forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: a) praticar fato definido como crime doloso ou falta grave; b) sofrer condenação cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime; no cumprimento da pena em regime aberto, além das hipóteses anteriores, frustrar os fins da execução, ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

A regressão "por saltos", ao contrário do que ocorre com a progressão, é permitida pela LEP, porquanto o art. 118, *caput*, dispõe que o juiz poderá transferir o condenado para qualquer dos regimes mais rigorosos.

7.1. Requisitos para a Regressão

O primeiro deles refere-se à prática de crime definido como crime doloso. Não há exigência de condenação, basta o cometimento de delito doloso.

No que concerne à prática de falta grave, do mesmo modo é prescindível a efetiva punição disciplinar.

Porém, nos termos do § 2.º do art. 118, nas hipóteses supracitadas (inc. I), o condenado deve ser previamente ouvido pelo juiz. Essa providência não é meramente formal. Se for necessário, o juiz das execuções deverá lançar mão do procedimento judicial previsto nos arts. 194 e ss. da LEP.

A regressão é facultativa no caso de prática de crime culposos ou de contravenção.

No inc. II do art. 118 está disposto que a nova condenação, somada ao restante da pena, poderá tornar incompatível o regime em que se encontra o condenado.

7.1.1. Regressão no regime aberto

As causas de regressão, já citadas anteriormente, estão disciplinadas no § 1.º do art. 118. Nesses casos, a decisão deverá ser precedida de prévia oitiva do condenado (art. 118, § 2.º), sob pena de nulidade absoluta decorrente de violação do princípio do contraditório e da ampla defesa, presentes no processo de execução. Descumprir as condições impostas pelo juiz da sentença ou das execuções constitui falta grave, que ensejará a regressão. De outro lado, a conduta incompatível com a responsabilidade esperada do condenado no regime aberto também poderá acarretar a regressão nos regimes.

O não pagamento da multa, desde que se trate de condenado solvente, tornará a regressão providência judicial viável.

MÓDULO XIX

Cumprimento das Penas Restritivas de Direitos

1. INTRODUÇÃO

As penas restritivas de direitos encontram-se inseridas no art. 43 do Código Penal, a saber:

- I) prestação pecuniária;
- II) perda de bens e valores;
- III) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
- IV) interdição temporária de direitos;
- V) limitação de final de semana. Essas penas visam evitar o cumprimento de sanções privativas de liberdade de curta ou média duração, ante os notórios malefícios decorrentes do encarceramento e a necessidade de facilitar a reintegração social do condenado.

2. CARÁTER SUBSTITUTIVO

As penas restritivas de direitos são autônomas e *substituem* as penas privativas de liberdade quando essas não superarem quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. A quantidade de pena privativa é indiferente se o crime for culposo (art. 44, inc. I, do CP). Assim, não podem as penas restritivas de direitos ser aplicadas diretamente. Exceção: Lei n. 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais).

3. IMPEDEM A SUBSTITUIÇÃO POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS

a) *Penas privativas de liberdade superiores a quatro anos.*

b) *Condenações impostas em decorrência de crimes praticados com violência ou grave ameaça à pessoa.*

c) *Reincidência em crime doloso:* o § 3.º do art. 44 do Código Penal dispõe, todavia, que, salvo na reincidência específica, poderá o juiz aplicar a substituição, desde que, em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável.

d) *Insuficiência da substituição:* se o juiz verificar – após a análise da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do condenado e dos motivos e circunstâncias da infração penal – que a substituição da pena privativa de liberdade não atende à necessidade de prevenção geral e especial, deixará de realizar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44, inc. II, e § 3.º, do CP).

4. REGRAS PARA A SUBSTITUIÇÃO

Na condenação que não supere um ano (igual ou inferior), a substituição poderá ser feita por uma pena restritiva de direitos *ou* por uma pena de multa. Sendo superior, a substituição poderá ser feita por duas penas restritivas de direitos *ou* por uma pena restritiva de direitos *e* uma pena de multa (art. 44, § 2.º, do CP).

Proporção: um dia de pena restritiva de direitos para cada dia de pena privativa de liberdade.

5. CONVERSÃO

No caso de descumprimento injustificado da pena restritiva de direitos, essa será convertida em privativa de liberdade. O juiz das execuções criminais deduzirá, da pena privativa anteriormente fixada, o tempo já cumprido de pena restritiva, observado o saldo mínimo de 30 dias de reclusão ou detenção (art. 44, § 4.º, do CP). A proporção para a conversão é a mesma empregada para a substituição: para cada dia de pena restritiva de direitos corresponderá um dia de pena privativa de liberdade. A operação deverá respeitar o saldo mínimo já aludido.

Há outra possibilidade de conversão, prevista no § 5.º do art. 44 do Código Penal: no caso de superveniência, por outro crime, de nova condenação à pena privativa de liberdade, o juiz das execuções

penais decidirá sobre sua conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

6. TRÁFICO DE ENTORPECENTES

Há controvérsia acerca da aplicação das penas restritivas de direitos aos crimes hediondos ou assemelhados. A discussão acentua-se no art. 12 da Lei n. 6.368/76 porque a pena mínima, cominada em abstrato, é de três anos de reclusão e o delito previsto é o praticado sem emprego de violência ou grave ameaça à pessoa. Surgiram, então, duas correntes. A primeira sustentando a *impossibilidade da substituição*, por ser a medida insuficiente para a reprovação estatal ao tráfico ilícito de entorpecentes – um crime evidentemente grave, que afeta a saúde pública e a vida de crianças e adolescentes, que é reconhecido como assemelhado ao hediondo e cuja pena deve ser cumprida integralmente em regime fechado. Essa é a orientação que predomina no Supremo Tribunal Federal (HC n. 80.207-RJ; HC n. 80.010-MG; HC n. 79.567-RJ; HC n. 70.445-RJ). Há precedentes no mesmo sentido no Superior Tribunal de Justiça: (HC n. 9.953-RJ e HC n. 10.796-MG). A Promotoria das Execuções Criminais da Capital, do Ministério Público de São Paulo, em reunião realizada em 18.6.1999, deliberou que: “Ao art. 12 da Lei n. 6.368/76 não são aplicáveis as penas alternativas, inseridas no ordenamento jurídico pela Lei n. 9.714/98, ante o óbvio contra-senso de fazê-las incidir em delito reconhecido como hediondo e cuja pena deve ser cumprida integralmente em regime fechado” (Aviso PGJ n. 337/99). A segunda posição *admite a substituição* em caso de tráfico de entorpecentes, ante a inexistência de vedação expressa nesse sentido, desde que satisfeitos os requisitos objetivos, subjetivos e a suficiência da medida para fins de repressão, nos termos do art. 44, incs. I, II e III, do Código Penal.

7. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA – SURSIS

O instituto do *sursis* é incompatível com as penas restritivas de direitos, sendo aplicável exclusivamente às penas privativas de liberdade (STF, HC n. 67.308-RS).

8. TRANSAÇÃO PENAL

Nos termos do art. 76 da Lei n. 9.099/95, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. Vê-se que na Lei dos Juizados Especiais Criminais o cumprimento de pena restritiva de direitos não substitui a privativa de liberdade, sendo, portanto, sanção principal. Assim, a inexecução do acordo não gera a automática conversão em pena privativa de liberdade.

9. EXECUÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITO

Não há na Lei de Execução Penal determinação para a extração de uma guia para a execução. Não obstante a omissão, um documento similar à *guia de recolhimento* deverá ser expedido pelo juiz do processo de conhecimento, o que tornará viável a execução da sanção. Diversamente ocorre com a pena privativa de liberdade (art. 105), com a multa (art. 164), ou com a medida de segurança (art. 171). Referido documento deverá conter os dados relativos aos antecedentes do condenado, seu grau de instrução e deverá ser acompanhado de cópia da denúncia e da sentença condenatória. Com base nas informações remetidas pelo juiz do processo de conhecimento, por meio da guia para a execução da pena restritiva de direitos, é que será elaborado o programa individualizador pela Comissão Técnica de Classificação (CTC).

Para a execução, o juiz poderá *requisitar*, ou seja, exigir a colaboração de entidades públicas, ou simplesmente *solicitá-la* de entidades particulares (art. 147 da LEP). Por tal razão, tais entidades particulares poderão negar-se a colaborar, inexistindo sanções de quaisquer espécies para essa sua decisão.

A forma de cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade ou a de limitação de final de semana poderá, nos termos do art. 148 da Lei de Execução Penal, ser alterada a qualquer momento pelo juiz: de ofício, ou, a requerimento do Ministério Público, do Conselho Penitenciário (art. 69), do Patronato (art. 79, inc. II), da CTC, ou do próprio condenado. Essas alterações poderão recair, por exemplo, nos dias de cumprimento da restrição, nos horários de entrada e saída, na modificação dos programas de prestação de serviços, visando ajustá-los às condições pessoais do condenado ou às características do estabelecimento ou do programa a que estiver submetido.

10. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA

Segundo preceitua o § 1.º do art. 45 do Código Penal, a prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro – à vítima, a seus dependentes, ou à entidade pública ou privada com destinação social –, de importância fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a 360 salários mínimos. O valor pago será deduzido de eventual condenação decorrente de ação indenizatória proposta. Lembramos que o § 2.º do art. 45 do Código Penal possibilita ao juiz a fixação de uma prestação de outra natureza. Para o Professor Damásio de Jesus, essa prestação poderá ser, por exemplo, consistente numa obrigação de fazer. A substituição da prestação pecuniária por essa pena alternativa inominada depende da aceitação do beneficiário.

Não há norma de execução penal a respeito da pena de prestação pecuniária. Tampouco sobre a pena de prestação de outra natureza, também denominada pelo Professor Damásio de Jesus pena *alternativa inominada*.

11. PERDA DE BENS E VALORES

Essa pena restritiva de direitos está disciplinada no § 3.º do art. 45 do Código Penal. Segundo o referido dispositivo, consiste na perda de bens e valores pertencentes ao condenado em favor do Fundo Penitenciário Nacional, salvo destinação diversa prevista na legislação especial. É o que ocorre com a expropriação de glebas nas quais se localizem culturas ilegais de plantas psicotrópicas (Lei n. 8.257/91), as quais, após a perda, deverão ser destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos (cf. o art. 243 da CF). Outra exceção diz respeito ao confisco de bens e valores utilizados nos crimes definidos na Lei Antitóxicos (art. 34 da Lei n. 6.368/76). Segundo o art. 34 da Lei Antitóxicos, salvo destinação especial determinada pela Secretaria Nacional Antidrogas (SENAD), os valores apreendidos (moeda nacional ou estrangeira) e os recursos obtidos com a venda (leilão) dos bens serão enviados ao Fundo Nacional Antidrogas (FUNAD). Por meio dele serão financiados programas de prevenção, tratamento e recuperação de dependentes, aparelhamento das polícias, cursos para a formação de pessoal especializado, entre outras atividades ligadas ao combate à toxicomania.

Para a fixação da sanção alternativa, prevista no § 3.º do art. 45 do Código Penal (perda de bens e valores), leva-se em consideração o montante do prejuízo causado e o proveito obtido pela prática do crime, adotando aquele que for maior. Também não há norma de execução dessa sanção na Lei de Execução Penal.

12. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE

Disciplinada nos arts. 149 e 150 da Lei de Execução Penal, consiste na atribuição ao condenado de tarefas em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos, entre outras, ou em programas comunitários ou estatais (art. 46, § 2.º, do CP), que deverão observar as aptidões do condenado (art. 46, § 3.º, do CP). A realização das tarefas é gratuita (art. 46, § 1.º, do CP), não se estabelecendo uma relação empregatícia.

As regras para a substituição da pena privativa pela de prestação de serviços à comunidade são:

- a condenação deve ser superior a seis meses de privação de liberdade;
- converte-se à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, sem prejudicar a jornada de trabalho normal do condenado;
- nas condenações superiores a um ano, o condenado poderá, excepcionalmente, cumprir a prestação de serviços em menor tempo, porém nunca num lapso inferior à metade da pena privativa de liberdade substituída.

Nos termos do art. 149 da Lei de Execução Penal, incumbe ao juiz das execuções penais a tarefa de designar a entidade ou o programa a que estará submetido o condenado, devendo cientificá-lo a respeito dos dias e horários em que deverá cumprir a pena. Na mesma oportunidade deverá ser advertido sobre a consequência do descumprimento dessas tarefas, ou seja, a conversão em pena privativa de liberdade, consoante dispõe o art. 181, § 1.º, da Lei de Execução Penal. Compete também ao juiz das execuções penais a tarefa de alterar a forma de execução, visando ajustá-la às novas condições do condenado.

Notas:

a) *Carga horária*: 8 horas semanais, em qualquer dia da semana, sábados e domingos inclusive, ou nos feriados, desde que não prejudique o trabalho normal do condenado. Admite-se o desdobramento da carga horária semanal. A execução inicia-se com o primeiro comparecimento (§ 2.º do art. 149). b) *Duplicação ou aumento da carga horária para propiciar o término antecipado da restrição*: impossibilidade. O tempo de cumprimento da pena restritiva de direitos coincide com o tempo da pena privativa de liberdade substituída, salvo na hipótese da pena privativa de liberdade ser superior a um ano (arts. 46, § 4.º, e 55 do CP).

c) *Fiscalização*: do Patronato, da própria entidade e do Ministério Público.

d) *Relatórios*: a entidade que recebe os serviços deverá encaminhá-los mensalmente ao juiz das execuções. A qualquer tempo o referido juiz deverá informar sobre eventuais ausências ou faltas disciplinares (art. 150 da LEP).

e) *Conversão*: está prevista no § 1.º do art. 181 da Lei de Execução Penal para as seguintes hipóteses:

I) quando o condenado não for encontrado pessoalmente ou não atender à intimação por edital;

II) não comparecer injustificadamente à entidade ou ao programa a que foi designado;

III) recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto;

IV) praticar falta grave; V) sofrer condenação, por outro crime, à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa.

f) A obrigação imposta ao condenado não pode ser transferida a terceiro.

13. INTERDIÇÃO TEMPORÁRIA DE DIREITOS

A interdição temporária de direitos destaca-se pela ação preventiva, já que impede que o condenado desenvolva atividades em que se mostrou perigoso, nocivo à sociedade. Trata-se de uma interdição *temporária*, não se confundindo com os efeitos secundários da condenação, previstos no art. 92 do Código Penal.

Estão previstas no art. 47 do Código Penal:

I– proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;

II– proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do Poder Público;

III– suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; IV – proibição de freqüentar determinados lugares.

Sua execução encontra-se disciplinada nos arts. 154 e 155 da Lei de Execução Penal. Incumbe ao juiz das execuções comunicar à autoridade competente a pena aplicada, determinando a intimação do condenado. Na hipótese de interdição temporária para o exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo, a autoridade competente deverá baixar ato em 24 horas, contadas do recebimento da comunicação judicial, dando-se, assim, início à execução da interdição de direito. No caso dos incs. II e III do art. 47 do Código Penal, o juiz das execuções determinará a apreensão dos documentos que autorizam o exercício do direito interditado.

Registramos que o art. 292 da Lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) derogou o inc. III do art. 47 do Código Penal (suspensão da habilitação para dirigir veículo). Explicamos: segundo dispõe o art. 57 do Código Penal, o inc. III do art. 47 aplica-se exclusivamente aos crimes culposos de trânsito. Ora, atualmente, os crimes culposos de trânsito são o homicídio e a lesão corporal culposa de trânsito (arts. 302 e 303 do CTB), sendo cominadas a essas infrações a pena de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a *habilitação* para dirigir veículos automotores. A nova sanção é cumulada à pena privativa de liberdade, diversamente do que ocorreria com a sanção substitutiva prevista no inc. III do art. 47 do Código Penal. Como o Código de Trânsito Brasileiro não menciona a autorização para conduzir veículos automotores (ciclomotores), sustenta-se na doutrina a aplicabilidade do inc. III do art. 47, nessa parte. Por essa razão afirmamos que o dispositivo foi revogado parcialmente.

14. LIMITAÇÃO DE FINAL DE SEMANA

Disciplinada no art. 48 do Código Penal e arts. 151 a 153 da Lei de Execução Penal, a limitação de final de semana consiste na obrigação do condenado de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 horas diárias, em Casa do Albergado ou outro estabelecimento adequado, a critério do juiz das execuções (art. 151 da LEP). *Notas*:

a) *Início do cumprimento*: com a intimação do condenado. Deve ser consignada a advertência sobre a

consequência de descumprimento da pena restritiva imposta (art. 181, § 2.º).

b) *Tempo de cumprimento*: idêntico ao da pena substituída.

c) *Conversão*: está disciplinada no § 2.º do art. 181 da Lei de Execução Penal. Ocorrerá nas hipóteses de não-comparecimento do condenado ao estabelecimento que lhe foi designado para o cumprimento da pena; de recusar-se a exercer a atividade determinada pelo juiz; de não ser encontrado, por estar em local incerto ou desatender à intimação por edital; de praticar falta grave; de sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa.

15. MEDIDA DE SEGURANÇA

A Lei n. 7.209/84 introduziu o sistema *vicariante* ou unitário, segundo o qual não podem ser aplicadas pena privativa de liberdade ou multa concomitante à medida de segurança. Antes da reforma de 1984, entretanto, vigorava o sistema do *duplo binário* que possibilitava a imposição cumulativa das sanções supracitadas com a medida de segurança.

Assim, para os inimputáveis deve ser imposta, exclusivamente, medida de segurança. Para os semi-imputáveis há duas possibilidades:

I) pena privativa de liberdade obrigatoriamente reduzida de um a dois terços (o parâmetro para a redução será a intensidade da enfermidade mental do agente (*RT*599/312);

II) substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança, quando o agente necessitar de especial tratamento curativo (art. 98 do CP). Realizada a substituição, é ela irreversível. Em resumo, no caso de inimputabilidade, a medida de segurança é obrigatória, enquanto na hipótese de semi-imputabilidade a medida de segurança é facultativa. A periculosidade é presumida em relação ao inimputável (arts. 26, *caput*, e 97 do CP). Em se tratando de semi-responsável, a periculosidade deve ser expressamente reconhecida e declarada pelo juiz do processo de conhecimento (periculosidade real), quando o condenado necessitar de especial tratamento curativo.

Na Lei Antitóxicos, o semi-imputável deve cumprir a pena privativa, não sendo possível substituí-la por tratamento (art. 19, par. ún., da Lei n. 6.368/76).

Em relação às medidas de segurança também vigora, como não poderia deixar de ser, o princípio da legalidade. Ou seja, só podem ser impostas aquelas previstas em lei. E quais são? As medidas de segurança são, atualmente, exclusivamente pessoais:

a) internação em hospital de custódia e tratamento, também chamada medida de segurança *detentiva*. Ela é obrigatória quando ao crime praticado for cominada abstratamente pena de reclusão (art. 97, primeira parte, do CP);

b) tratamento ambulatorial (não detentiva). O tratamento ambulatorial *pode* ser aplicado ao crime punido com detenção. Consequentemente, não se aplica mais medida de segurança ao autor de crime impossível (art. 17 do CP).

Não mais existe a imposição provisória de medida de segurança, outrora aplicada aos ébrios habituais e toxicômanos. Os arts. 378 e 380 do Código de Processo Penal, que tratavam da aplicação provisória da medida de segurança, foram tacitamente revogados pela Reforma de 1984.

A submissão do condenado à medida de segurança é ato de competência do juiz do processo de conhecimento, na sentença. Depende da existência de prova de que o réu praticou um comportamento típico e antijurídico. Pode ocorrer, no entanto, que durante a execução de uma pena privativa de liberdade sobrevenha doença mental. Nessa hipótese o juiz das execuções poderá adotar duas soluções. A primeira consiste na transferência do condenado para hospital de custódia ou tratamento (art. 108 da LEP). A segunda, reservada para os casos mais graves, consiste na conversão da pena privativa de liberdade em medida de segurança, nos termos do art. 183 da Lei de Execução Penal. A conversão é definitiva, razão pela qual deverá ser adotada nos casos mais graves.

Na fixação da medida de segurança, o juiz deve determinar o prazo mínimo de sua duração. O § 1.º do art. 97 do Código Penal dispõe que esse lapso será de no mínimo um ano e no máximo de três anos. Na fixação desse prazo, que não poderá ser inferior ou superior ao previsto no art. 97, o juiz observará a gravidade dos fatos e os sintomas descritos no laudo de exame psiquiátrico (*RT*618/308).

Sabemos que o prazo para a duração da medida de segurança depende da cessação de periculosidade do

agente, o que implica afirmar que sua duração é indeterminada. O primeiro exame de cessação de periculosidade, como regra, será realizado ao termo do prazo mínimo de duração da medida de segurança. Caso seja necessário, poderá o juiz das execuções, de ofício ou a requerimento, determiná-lo a qualquer tempo (§ 2.º do art. 97 do CP).

No caso de semi-imputabilidade, o juiz, na sentença, deverá fixar a pena privativa, para depois substituí-la por medida de segurança, caso o condenado necessite de especial tratamento curativo (periculosidade real). Lembremo-nos, ademais, que a pena imposta regulará a prescrição da pretensão executória estatal. Mirabete ensina que não há necessidade de fixação da pena privativa de liberdade, posto que, uma vez realizada a substituição por medida de segurança, é esta irreversível.

A medida de segurança não pode ser imposta em segunda instância, na hipótese de recurso exclusivo da defesa. Aplica-se a Súmula n. 525 do Supremo Tribunal Federal. Há, no entanto, precedente no Superior Tribunal de Justiça admitindo a imposição na hipótese ventilada, em razão da não incidência da referida orientação do Supremo Tribunal Federal, posto que nascida sob as luzes do sistema do duplo binário.

Cabe, aqui, duas hipóteses interessantes:

- Suponha que a um mesmo réu tenham sido impostas várias medidas de segurança. Executa-se somente uma delas. Verificada a cessação da periculosidade, deve o indivíduo ser desinternado do hospital de custódia e tratamento ou liberado do tratamento ambulatorial, não se podendo sequer cogitar em aplicar outras medidas de segurança decorrentes de processos criminais diversos.
- Imagine, agora, a imposição de medida de segurança e pena privativa de liberdade, em processos distintos, a um mesmo réu. Ensina Mirabete, após enfatizar que a Lei de Execução Penal não previu expressamente a questão, que o juiz das execuções ao receber as duas guias (de recolhimento e de execução de medida de segurança) determinará, de imediato, o exame de cessação de periculosidade, nos termos do art. 176 da Lei de Execução Penal. Diante do resultado do exame, poderão advir distintas conseqüências jurídicas, a saber:
 - Caso seja constatado que o condenado não mais é portador de doença mental ou perturbação da saúde mental, o juiz das execuções deve submetê-lo ao cumprimento da pena. A medida de segurança ficará extinta após um ano, contado do término do cumprimento da pena. Aplica-se, por analogia, o art. 97, § 3.º, do Código Penal.
 - Supondo que os exames revelem que o condenado é ainda portador de doença mental, perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, pode o juiz optar pela transferência para hospital psiquiátrico (art. 108 da LEP) ou pela conversão da pena em medida de segurança (art. 183 da LEP). A opção do juiz é tomada diante do grau de periculosidade do agente.

15.1. Execução da Medida de Segurança

A execução da medida de segurança deve obedecer ao contido na guia, expedida pelo juiz da sentença, para a internação em hospital de custódia e tratamento ou para o tratamento ambulatorial. Assim, expedese uma *guia* (art. 172), cujo conteúdo deve atender ao previsto no art. 173 da Lei de Execução Penal.

A falta de vaga em estabelecimento, decorrente do descaso do Estado, não justifica o recolhimento em estabelecimento carcerário comum. Sendo o caso, deve o internado ser encaminhado a outro estabelecimento de custódia e cura (art. 14, § 2.º, da LEP), inclusive particular, se for conveniado para essa finalidade e se as condições de segurança foram compatíveis com a periculosidade do agente.

16. DO EXAME DE CESSAÇÃO DE PERICULOSIDADE – ART. 175 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Como já vimos, embora haja fixação de prazo mínimo para a duração da medida de segurança, a verificação da cessação de periculosidade poderá ser determinada pelo juiz a qualquer tempo (art. 176). Não sendo o caso de antecipar o exame, findo o prazo mínimo de duração fixado na sentença, a autoridade administrativa, independentemente de ordem judicial, deve providenciar o exame. O exame, após o transcurso do prazo mínimo, deve ser renovado anualmente (art. 97, § 2.º, do CP).

Abate-se do prazo mínimo o tempo de prisão provisória ou de prisão administrativa (detração penal).

A decisão judicial, que desinterna o indivíduo do hospital de custódia e tratamento ou que o libera do tratamento ambulatorial, só pode ser executada após transitar em julgado. Trata-se de caso excepcional, no qual prevê a Lei de Execução Penal efeito suspensivo ao agravo em execução (art. 179 da LEP). Após a desinternação, que é condicional, o indivíduo tem a obrigação de obter ocupação lícita e de comunicá-la periodicamente, além de não poder transferir sua residência sem autorização judicial. São as mesmas condições impostas obrigatoriamente ao liberado condicional (art. 132). Outras obrigações poderão ser impostas, nos termos do § 2.º do art. 132 da Lei de Execução Penal. Caso pratique *fato* indicativo de sua periculosidade – não se exige o cometimento de infração penal – dentro do período de um ano, será restabelecida a medida de segurança. *Lembretes finais:*

- O exame criminológico é obrigatório no caso de internação em hospital de custódia e tratamento (art. 174 da LEP).
- Prescrição executória da medida de segurança: há duas posições. Para a primeira, não se pode falar em prescrição da pretensão executória, pois essa pressupõe a aplicação de pena (STJ, REsp. n. 2.021, de 4.6.1990). Nos termos da segunda corrente, a prescrição ora em estudo deve ser regulada pela pena máxima cominada em abstrato ao delito praticado. É a posição de Mirabete. Tratando-se de semi-imputável, a prescrição regular-se-á pela pena privativa de liberdade substituída.

MÓDULO XX

Abuso de Autoridade – Lei n. 4.898/65

1. NOÇÕES GERAIS

Como ensina o Professor Damásio de Jesus, o abuso de autoridade compreende as relações privadas. Contudo, a Lei n. 4.898/65 aborda os abusos cometidos no exercício de função pública. Assim, a denominação correta da Lei em estudo seria “Abuso de Poder”.

Abuso é o uso do poder fora dos seus limites legais. É o seu exercício excessivo.

“O *excesso de poder* ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, vai além do permitido e exorbita no uso de suas faculdades administrativas. Excede, portanto, a sua competência legal e, com isso, invalida o ato, porque ninguém pode agir em nome da Administração fora do que a lei lhe permite. O excesso de poder torna o ato arbitrário, ilícito e nulo. É uma forma de *abuso de poder* que retira a legitimidade da conduta do administrador público, colocando-o na ilegalidade, e até mesmo no crime de abuso de autoridade quando incide nas previsões penais da Lei 4.898, de 9.12.1965...”¹⁴.

Função pública, por sua vez, nas palavras de Gilberto e Vlademir Passos de Freitas, é qualquer atividade que realize fins próprios do Estado, ainda que exercida por pessoas estranhas à Administração Pública ou gratuitamente.

Regula-se na Lei n. 4.898/65 o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal contra as autoridades que, no exercício de suas funções, cometerem abusos.

1.1. Direito de Representação e Ação Penal

Art. 2.º O direito de representação será exercido por meio de petição: a) dirigida à autoridade superior que tiver competência legal para aplicar, à autoridade civil ou militar culpada, a respectiva sanção; b) dirigida ao órgão do Ministério Público que tiver competência para iniciar processo-crime contra a autoridade culpada; Parágrafo único. A representação será feita em duas vias e conterá a exposição do fato constitutivo do abuso de autoridade, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado e o rol de testemunhas, no máximo de três, se as houver.

O legislador empregou o vocábulo “representação” no sentido de *notitia criminis*. Não confundi-la, pois, com a representação exigida para o início da ação penal, prevista no § 1.º do art. 100 do Código Penal. Não se trata, assim, de condição de procedibilidade para o exercício da ação penal, como claro restou com a edição da Lei n. 5.249/67:

Art. 1º. A falta de representação do ofendido, nos casos de abusos previstos na Lei n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965, não obsta a iniciativa ou o curso de ação pública.

Ficou evidente, portanto, que os crimes definidos na Lei n. 4.898/65 são de ação penal pública incondicionada.

Essa notícia do crime, consoante acentua Tourinho Filho, em sua obra *Processo Penal*, pode ser de “cognição imediata”, quando a autoridade policial toma conhecimento do fato por meio de suas atividades rotineiras. Será de “cognição mediata”, quando o conhecimento do fato é levado à autoridade por meio de requerimento da vítima, ou por requisição do Poder Judiciário ou do Ministério Público, ou mediante representação. Ela será de “cognição coercitiva” no caso de prisão em flagrante. Dessa classificação resulta que a *notitia criminis*, de que trata a Lei n. 4.898/65, é de cognição mediata.

Já que a representação do art. 2.º da Lei n. 4.898/65 não é uma condição de procedibilidade, consoante já frisamos, como interpretar as formalidades nela inseridas pelo legislador? Devemos lembrar que a Lei em

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: RT, 1978. p. 83.

estudo visa a rápida apuração e julgamento dos abusos de poder. Assim, se a notícia do crime propiciar o imediato convencimento do órgão do Ministério Público, por serem as informações completas e seguras, esse oferecerá a denúncia em 48 horas (art. 13). Evidentemente que, ao membro do Ministério Público, será facultada a requisição de inquérito policial para melhor apurar o fato que lhe foi noticiado, quando lhe parecer necessário.

A representação não precisa ser assinada por advogado. Será encaminhada:

- ao Ministério Público para providências na órbita penal, que a receberá como uma comunicação nos termos do art. 5.º, § 3.º, do Código de Processo Penal;
- à autoridade administrativa com atribuição legal para aplicar ao autor do abuso, seja autoridade civil ou militar, a respectiva sanção.

1.2. Objetividade Jurídica

Dupla é a objetividade jurídica dos crimes definidos na lei. A objetividade jurídica imediata é a proteção dos direitos e das garantias assegurados às pessoas físicas ou jurídicas, notadamente na Constituição Federal. Tutela-se, também, a normal prestação de serviços pelo Estado (objetividade jurídica mediata).

1.3. Competência

A competência poderá ser da Justiça Comum federal ou estadual; sendo competente, como regra, o Juízo do lugar onde se consumar a infração (art. 70 do CPP). Sendo o autor do abuso servidor federal, a competência será da Justiça Federal, nos termos do art. 109, inc. IV, da Constituição Federal. Nos demais casos, a competência será da Justiça Estadual.

No caso de a infração ser cometida por policial militar, a competência será da Justiça Comum estadual. Nesse sentido a Súmula n. 172 do Superior Tribunal de Justiça: *Compete à Justiça Comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que prestado em serviço*. Os crimes de abuso de poder não estão previstos no Código Penal Militar; logo, não são crimes militares, conforme preceitua o art. 124 da Constituição Federal. Na hipótese de conexão de crime militar com abuso de poder, cinde-se o processo nos termos do art. 79, inc. I, do Código de Processo Penal.

1.4. Sujeito Ativo

Trata-se de crime próprio, pois só podem ser praticados por *autoridade*. Considera-se autoridade, nos termos do art. 5.º da Lei n. 4.898/65, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração.

Não é imprescindível que o indivíduo seja funcionário público; porém, é necessário que exerça uma função pública e tenha *autoridade*, ou seja, que tenha capacidade de determinar, de se fazer obedecer.

Assim, exemplificativamente, podem ser considerados autoridades, magistrados, membros do Ministério Público, policiais civis, militares ou federais, oficiais de justiça, advogados do Estado, comissários de menores, prefeitos, vereadores, guardas-noturnos etc.

Devem ser excluídos do conceito de autoridade aqueles que exercem um *munus* público, isto é, o que procede de autoridade pública ou de lei e obriga o indivíduo a certos encargos em benefício da coletividade ou da ordem social. Lembramos aqui os tutores e curadores dativos, inventariantes, síndicos e comissários, depositários judiciais etc.

O concurso de pessoas é perfeitamente admissível. O terceiro que, sem ser autoridade, concorra para o crime com quem o seja, ciente dessa qualidade especial, responderá nos termos da Lei n. 4.898/65, por força do disposto no art. 30 do Código Penal. *Autoridade* é elementar dos crimes de abuso de poder, transmitindo-se ao terceiro que não se revista dessa qualidade.

1.5. Sujeitos Passivos

Trata-se de crimes com dupla subjetividade passiva, sendo sujeito passivo imediato ou principal qualquer pessoa física ou jurídica. Sujeito passivo mediato ou secundário é o Estado, como titular da administração pública.

Cuidando-se de sujeito passivo criança ou adolescente, aplicam-se os arts. 230 a 234 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90).

2. SANÇÕES

As sanções decorrentes dos crimes de abuso de autoridade estão disciplinadas no art. 6.º da Lei n. 4.898/65, divididas em administrativas (§ 1.º), civis (§ 2.º) e penais (§ 3.º).

As sanções administrativas reservadas à autoridade que seja servidor público são: a advertência; a repreensão; a suspensão do cargo, ofício ou posto, por prazo de cinco a 180 dias, com perda de vencimentos e vantagens; a destituição da função, a demissão e a demissão a bem do serviço público. Essas sanções serão aplicadas de acordo com a gravidade do comportamento do agente.

No § 2.º do art. 6.º está disciplinada a sanção civil. Menciona o citado dispositivo que, caso não seja possível fixar o valor do dano, a indenização consistirá no pagamento de quinhentos a dez mil cruzeiros. Tais valores, atingidos pela inflação, tornaram-se inexecutáveis. Isso não impede, evidentemente, que a vítima do abuso, numa ação indenizatória possa pleitear os valores que entender justos à luz dos danos morais e materiais que suportou.

A ação poderá ser proposta contra o Estado, perante uma das Varas da Fazenda Pública, tendo em vista o disposto no art. 37, § 6.º, da Constituição Federal: *As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.* Dissemos que a ação *poderá* ser proposta contra o Estado, atentos ao disposto no art. 9.º da Lei em estudo, que deverá ser interpretado diante da regra constitucional da responsabilidade objetiva do Estado. Desse estudo conclui-se que tem o ofendido a faculdade de propor a ação contra a autoridade culpada, em vez de fazê-lo contra o Estado. Pode, ainda, intentar a ação indenizatória contra ambos simultaneamente. É a posição de Gilberto e Vlademir Passos de Freitas, expressa no livro *Abuso de Autoridade*, (São Paulo, RT)

No art. 6.º, § 3.º, estão previstas as sanções penais. São elas: multa de cem cruzeiros a cinco mil cruzeiros, detenção de 10 dias a seis meses, perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública pelo prazo de até três anos. Essas sanções poderão, de acordo com o disposto no § 4.º do art. 6.º, ser aplicadas autônoma ou cumulativamente, segundo o prudente arbítrio do juiz, de acordo com a gravidade do fato e as peculiaridades do agente.

A pena de multa foi alterada pela Lei n. 7.209/84, que determinou a reforma na Parte Geral do Código Penal. Nos termos do art. 2.º da supracitada Lei, foram canceladas, na Parte Especial do Código Penal e nas leis especiais alcançadas pelo art. 12 do Código Penal, quaisquer referências a valores de multas, substituindo-se a expressão *multa de* por apenas *multa*. Diante da modificação, vige, em relação à pena de multa prevista na Lei n. 4.898/65, o sistema do Código Penal (arts. 49 e ss.).

No que diz respeito à pena privativa de liberdade – 10 dias a seis meses de detenção –, é necessário salientar que:

- A pena mínima permite que o Ministério Público ofereça a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95).
- É possível, em caso de condenação, a substituição da pena privativa de liberdade por pena alternativa, nos termos dos arts. 43 e 44 do Código Penal.
- Não sendo viável a substituição indicada no item precedente, cabe a suspensão condicional da pena (art. 77 do CP).
- Caso a pena privativa de liberdade deva ser cumprida, por inaplicabilidade dos institutos acima aludidos que procuram evitá-la, o regime inicial será o aberto. Sendo o condenado reincidente, ou verificando o juiz que as condições do art. 59 do Código Penal são desfavoráveis, fixará o regime semi-aberto para o início do cumprimento da pena.
- O livramento condicional poderá ser concedido após um terço do cumprimento da pena privativa de liberdade. Caso seja o condenado reincidente em crime doloso, o requisito objetivo passa a ser de

metade da pena imposta (art. 83 do CP).

- Quanto ao disposto no § 2.º do art. 60 do Código Penal (multa substitutiva), entende-se que esse dispositivo foi revogado pelo art. 44, § 2.º, do mesmo Código, o qual prevê a substituição da pena privativa de liberdade, igual ou inferior a um ano, por multa ou por uma pena restritiva de direitos. Seria possível, então, aplicar-se o § 2.º do art. 44 do Código Penal aos crimes de abuso, haja vista serem punidos com pena privativa de liberdade, de seis meses de detenção, no máximo? Pensamos que sim, pois a Súmula n. 171 proíbe a substituição aludida somente quando a pena de multa for cominada cumulativamente com a pena privativa de liberdade. Ora, na Lei de Abuso de Autoridade, a multa pode ser imposta autônoma ou cumulativamente. Vê-se, pois, que o legislador não exige a coexistência das sanções privativa de liberdade e pecuniária, tal como o faz na Lei Antitóxicos, por exemplo. Na Lei n. 4.898/65 a punição pode ser apenas a pena de multa, ou exclusivamente a sanção privativa de liberdade, ou, ainda, tão-só a pena de perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública, ou, mesmo todas elas simultaneamente.

Súmula n. 171 do Superior Tribunal de Justiça: *Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa.*

- Embora a pena máxima cominada em abstrato seja inferior a um ano, a previsão de um procedimento especial para a apuração dos crimes de abuso impede a aplicação da Lei dos Juizados Especiais Criminais, salvo em relação ao seu art. 89 (suspensão condicional do processo).

Poderá ser aplicada pelo juiz, autônoma ou cumulativamente, a pena de perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública pelo prazo de até três anos. Não obstante a existência de divergência sobre a vigência do dispositivo, prevalece o entendimento de que a pena em questão é principal e autônoma, podendo ser aplicada de forma isolada ou cumulativa às demais sanções penais. Como salientado por Gilberto e Vlademir Passos de Freitas, a sanção em questão não decorre automaticamente da pena privativa de liberdade. Ao contrário, obedece a um critério específico de periculosidade, que está em função da quantidade da pena, da natureza do crime e das condições pessoais do condenado. No entanto, para parte da doutrina, a pena de perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública seria pena acessória e, como tal, extinta com a reforma do Código Penal em 1984.

Há, finalmente, a possibilidade de o juiz impor a pena de não poder o condenado exercer funções de natureza policial ou militar no município em que ocorreu o delito, por prazo de um a cinco anos, desde que o abuso seja cometido por agente da autoridade policial, civil ou militar, de qualquer categoria. É o que prevê o § 5.º do art. 6.º da Lei n. 4.898/65. Em relação a essa pena também há divergência quanto à sua vigência. Repetem-se os argumentos favoráveis à vigência, consistentes em ser ela uma pena principal e peculiar aos delitos de abuso de poder. Outra corrente doutrinária sustenta tratar-se de pena acessória e, assim, extinta.

É certo que a pena de proibição do exercício da função no município em que ocorreu o delito não poderá ser aplicada cautelarmente pelo juiz.

3. PROCEDIMENTO

O procedimento está disciplinado nos arts. 12 e ss. da Lei n. 4.898/65. Destaca-se pela sua celeridade e concentração dos atos processuais. Por essas razões, será inaplicável quando o crime de abuso estiver conexo a crime para cuja apuração esteja previsto procedimento mais amplo, isto é, que ofereça ao réu maior amplitude de defesa. Destacaremos, a seguir, os principais aspectos:

- *O inquérito policial*: a Lei n. 4.898/65 procura evitar a sua instauração. Para alcançar essa finalidade disciplinou a *notitia criminis* oferecida pela vítima, cujo conteúdo deverá ser elucidativo o suficiente para formar o convencimento do membro do Ministério Público (art. 2.º). Caso isso não seja possível, isto é, sendo necessário investigar o fato narrado pela vítima, o representante do Ministério Público requisitará o inquérito policial. Aliás, no dia-a-dia forense, é o que freqüentemente ocorre. Com a instauração do inquérito policial, considerando que os crimes de abuso têm pena máxima abstrata de apenas seis meses, torna-se imprescindível o acompanhamento atento do procedimento investigatório, para se evitar a extinção da punibilidade pela configuração da prescrição da pretensão punitiva ou, mais à frente, da prescrição retroativa.
- A denúncia, por sua vez, deverá ser oferecida em 48 horas (art. 13), na prática, dois dias após o

recebimento dos autos pelo Promotor de Justiça. Na oportunidade serão feitos os requerimentos de citação e de designação de audiência de instrução e julgamento.

- O número de testemunhas na denúncia não foi indicado pelo legislador. A solução adotada foi a da utilização do art. 2.º, por analogia. Razão pela qual o número máximo, por fato descrito, será de três testemunhas. O Ministério Público poderá arrolar outras duas testemunhas, ditas qualificadas, se isso for necessário para a prova dos vestígios da infração (art. 14, "a").
- Oferecida a denúncia, incumbe ao juiz recebê-la ou rejeitá-la no prazo de 48 horas. Na decisão que acolher a denúncia, designará dia e hora para a audiência de instrução e julgamento. Segundo o § 1.º do art. 17, a mencionada audiência deverá ser realizada, improrrogavelmente, no prazo de cinco dias.

Mesmo que o denunciado seja funcionário público, não se aplica o art. 514 do Código de Processo Penal, antes do recebimento ou rejeição da denúncia. A notificação e a resposta prévia do funcionário público só são necessárias quando se tratar de crimes funcionais típicos afiançáveis, classificação na qual não se enquadram os crimes de abuso de poder. Há quem sustente que a conexão, dos crimes em estudo com os funcionais típicos, levaria à aplicação do art. 514. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, tem precedente no sentido da desnecessidade da providência quando o crime funcional típico for apurado com outro de natureza diversa (*RTJ* 66/365 e 110/601).

- *Citação do denunciado*: como o interrogatório do réu será efetuado na mesma audiência em que se coletará a prova e se realizarão os debates, deve o réu ser cientificado dessa peculiaridade procedimental no mandado de citação. Aplica-se o Código de Processo Penal quanto às espécies e formalidades da citação. Viável a incidência do art. 366 do Código de Processo Penal (suspensão do processo e da prescrição) quando se tratar de citação por edital e o réu não comparecer para ser interrogado, e tampouco constituir defensor.
- Não há previsão de defesa prévia, tal como o dispõe o art. 395 do Código de Processo Penal. Malgrado o silêncio do legislador, não é possível vedar ao réu e a seu defensor a possibilidade de oferecer suas alegações e de arrolar testemunhas. Como não há prazo para fazê-lo, recomenda-se oferecer a defesa prévia logo após a citação, ou, antes da audiência, com a antecedência necessária para viabilizar a notificação das testemunhas que serão inquiridas.
- Aberta a audiência de instrução e julgamento, o juiz fará a qualificação e o interrogatório do réu. Em seguida, ouvirá as testemunhas e o perito eventualmente nomeado para prova dos vestígios da infração.
- *Prova dos vestígios da infração*: a Lei n. 4.898/65, em seu art. 14, permite que se faça referida prova por meio de duas testemunhas qualificadas, indicadas pelo Ministério Público na denúncia, ou por meio de perito, cuja nomeação será requerida ao juiz até 72 horas antes da audiência de instrução e julgamento.
- Finda a coleta da prova, o juiz dará a palavra, sucessivamente, ao Ministério Público e à defesa, pelo prazo de 15 minutos, que pode ser prorrogado por mais 10 a critério do juiz (art. 23).
- Findo o debate, o juiz prolatará imediatamente a sentença (art. 24). Caso não seja possível fazê-lo de imediato, observará o prazo de 10 dias, nos termos do art. 800, inc. I, do Código de Processo Penal, aplicado subsidiariamente.
- Quanto aos recursos, aplica-se o Código de Processo Penal (par. ún. do art. 28 da Lei n. 4.898/65).

MÓDULO XXI

Abuso de Autoridade – Lei n. 4.898/65

1. FIGURAS PENAIS

Examinaremos, a seguir, as figuras típicas que mais se configuram na prática.

Lembramos, desde logo, que os crimes de abuso de autoridade são, eminentemente, subsidiários. Serão absorvidos quando forem elemento constitutivo de crime autônomo. Para Oscar Xavier de Freitas, que integrou o Ministério Público do Estado de São Paulo, a Lei n. 4.898/65 surgiu para punir abusos de pequeno potencial, de menor comoção social. Para o citado autor, os delitos mais graves encontram no sistema codificado um instrumento mais eficaz, porque exigem uma investigação mais demorada para efetivar a repressão.

1.1. Artigo 3.º

Segundo o art. 3.º da Lei n. 4.898/65, constitui abuso de autoridade qualquer atentado contra:

- *Alínea “a”*: liberdade de locomoção.

Ao analisarmos a presente figura penal é imprescindível ressaltarmos a existência de outro tipo penal aplicável à restrição da liberdade individual. Estamos nos referindo ao previsto no art. 4.º, alínea “a”, da própria Lei de Abuso de Autoridade. Esse delito, quando configurado, absorverá a mesma alínea do artigo precedente, porquanto considerado especial em relação à infração ora estudada. Nele, a restrição à liberdade de locomoção ocorrerá quando a autoridade *ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder*. Logo, se a restrição à liberdade individual decorrer de *ordem* ou *execução* de medida privativa da liberdade individual, aplica-se o art. 4.º, “a”.

Utilizaremos a alínea “a” do artigo 3.º quando o atentado à liberdade de locomoção revestir-se de outra forma, ou seja, quando a liberdade de locomoção não decorrer de prisão ilegal ou com abuso de poder. Como exemplo, lembramos o comportamento de autoridade que, ciente de sua arbitrariedade, visando perseguir determinado indivíduo, convoca-o e o mantém por várias horas em repartição pública, privando-o de sua liberdade de locomoção.

Vejamos a jurisprudência:

“Ainda que não chegue a efetivar-se ilegal recolhimento ao cárcere, pratica abuso de autoridade o militar que obriga a vítima a acompanhá-lo a diversos quartéis, com o propósito de puni-la por alegado desrespeito à sua pessoa” (TACrimSP, rel. Valentim Silva, *JUTACrim* 23/198).

Nem toda a restrição à liberdade de locomoção será considerada abusiva. Suponha que a autoridade policial de uma pequena cidade encontre vagando pelas ruas um psicopata. Com os objetivos de preservar sua integridade física, identificar seus pais ou responsáveis legais e garantir a ordem pública, a autoridade poderá entender que, não havendo um serviço público apto a atendê-lo de imediato, é inevitável mantê-lo nas dependências da Delegacia de Polícia – certamente não o colocará numa cela com outros presos – pelo tempo estritamente necessário ao seu encaminhamento à família, ao responsável legal, ou para um hospital. A mesma solução pode ser necessária em relação a um ébrio que esteja pondo em risco a sua vida e a de outras pessoas, sem que a restrição à liberdade individual configure um abuso de poder.

- *Alínea “b”*: inviolabilidade do domicílio.

Segundo o art. 5.º, inc. XI, da Constituição Federal: “A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém podendo nela penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

De acordo com o dispositivo constitucional, só se pode entrar na casa de outrem:

- durante o dia ou à noite, em caso de flagrante, desastre, ou para prestar socorro;
- exclusivamente durante o dia, para cumprir ordem judicial.

O conceito de domicílio para a aplicação da Lei de Abuso de Autoridade é o previsto no § 4.º do Código Penal, isto é, qualquer compartimento habitado, aposento ocupado de habitação coletiva, compartimento não-aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (o escritório do advogado, o consultório do médico, do dentista, por exemplo). Não se compreendem na expressão "casa", segundo o § 5.º do art. 150 do Código Penal, hospedaria, estalagem, as partes comuns de habitação coletiva, taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero. Compartimentos abertos ao público também não são protegidos pela lei penal, tais como bares, cinemas, restaurantes, entre outros. Inaplicável é o conceito de domicílio previsto no art. 31 do Código Civil.

Há divergência acerca da aplicação da presente figura penal quando a violação do domicílio é praticada por funcionário público. Há conflito aparente de normas entre o art. 3.º, "b", da Lei n. 4.898/65 e o art. 150, § 2.º, do Código Penal. Ressalte-se, desde logo, que a violação de domicílio prevista no Código Penal, mesmo em se considerando a forma agravada, é punida com uma sanção privativa de liberdade mais branda (de um mês e dez dias a quatro meses de detenção ou multa). Para Gilberto e Vladimir Passos de Freitas, não se aplica o art.150, § 2.º, do Código Penal, mas sim o art.3.º, "b", da Lei n. 4.898/65. A lei especial é mais abrangente em relação à sanção prevista no Código Penal e, também, elevou o máximo da pena privativa de liberdade. Aplica-se, pois, o princípio da especialidade. Assim, todo aquele que, no exercício de cargo, emprego ou função pública, praticar violação de domicílio, estará incurso no art. 3.º, "b", da Lei n. 4.898/65¹. Para Rui Stoco, no entanto, deve prevalecer o art.150, § 2.º, do Código Penal, pois nele o abuso de poder constitui circunstância legal específica². 1 *Abuso de Autoridade*. 8.ª ed. São Paulo: RT, 1999. p. 37. 2 *Abuso de Autoridade*. In: *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*. 7.ª ed. São Paulo: RT, 2001. p. 8.

A violação de domicílio será absorvida, quando for crime-meio para a prática de outro abuso de poder. Poderíamos citar a invasão de um domicílio para prender ilegalmente uma pessoa, por exemplo. Neste exemplo, aplica-se o princípio da consunção.

- *Alínea "c"*: sigilo da correspondência.

Artigo 5.º, inc. XII, da Constituição Federal: "É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal".

Frise-se que a proteção constitucional é mais ampla, pois assegura não só o sigilo da correspondência, mas, também, o das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas.

A alínea "c" do artigo 3.º tipifica, no entanto, exclusivamente, a violação do sigilo da correspondência escrita (epístola ou carta). A violação da comunicação telefônica é punida na forma do art. 10 da Lei n. 9.296/96 (reclusão de dois a quatro anos e multa).

Há casos nos quais a autoridade pode ler a correspondência alheia, sem que esse comportamento configure abuso de poder. A garantia constitucional do sigilo da correspondência e a figura penal em estudo não podem servir de escudo para a prática de ilícitos penais, isto é, contra a coletividade. Vejamos algumas hipóteses:

a) Nos estados de defesa e de sítio podem ser impostas restrições ao sigilo da correspondência, nos termos do art.136, § 1.º, inc. I, "b", e do art. 139, inc. III, respectivamente, ambos da Constituição Federal.

b) No caso de carta aberta, porquanto demonstra o desinteresse do remetente em manter o conteúdo em segredo.

c) Em relação à correspondência dos presos. Sabe-se que é direito do preso o contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes (art. 41, inc. XV, da Lei n. 7.210/84). Tal direito, entretanto, pode ser suspenso ou restringido mediante ato motivado do diretor do estabelecimento penal (parágrafo único do art. 41 da Lei n. 7.210/84). A manutenção da ordem e da segurança do estabelecimento penitenciário poderá levar a autoridade a determinar a abertura das correspondências dos presos (STF, HC n. 70.814-5, rel. Min. Celso de Melo). No entanto, a leitura é vedada quando a correspondência for dirigida ao Promotor de Justiça ou ao

Juiz de Direito (Portaria n. 3, de 22.3.1983, da Coordenadoria dos Estabelecimentos Penais do Estado de São Paulo – Coespe).

- *Alínea "i"*: incolumidade física.

Consiste em toda ofensa praticada pela autoridade contra o indivíduo, sendo indiferente que a violência não tenha deixado vestígios. A violência pode consistir em maus-tratos, nas vias de fato, nas lesões corporais ou mesmo na supressão da vida.

Há controvérsia acerca da configuração do delito na hipótese de violência moral. Sustenta-a Vicente Sabino Júnior, citado por Gilberto e Vlademir Passos de Freitas, na obra já mencionada: "... a violência a que alude o Código Penal, em seu art. 322, não obstante a opinião contrária de Bento de Faria, compreende o fato abusivo, que pode ser material ou moral. O que se exige, na lição de Manzini (*Tratado*, vol. V, n. 1.354), é que desse fato resulte um dano para terceiros e descrédito para a Administração Pública ...". Podemos citar como exemplos, o disparo de armas de fogo com o intuito de atemorizar a vítima, o emprego de hipnotismo etc.

"A Lei n. 4.898/65, cuidando dos casos de abuso de autoridade, se tipifica, não só quando ocorre a *vis corporalis*, mas, também, a violência moral" (TACrimSP, rel. Paula Bueno, RT 398/298).

No caso de ser o sujeito passivo criança ou adolescente, incidirá a Lei n. 9.455/97 (art. 1.º, c.c. o § 4.º, inc. II). Essa lei revogou, expressamente, o art. 233 do Estatuto da Criança ou Adolescente (Lei n. 8.069/90).

A propósito da Lei de Tortura (Lei n. 9.455/97), sustenta Rui Stoco que o aludido diploma revogou a alínea "i" do art. 3.º e a alínea "b" do art. 4.º, ambos da Lei de Abuso de Autoridade¹⁵. Não podemos concordar inteiramente com o ilustre autor. A tortura exige finalidade específica, ou seja, só se configura se o agente visar um dos objetivos previstos nos incisos I e II do art. 1.º. Entre esses fins não encontramos, por exemplo, a mera maldade, o simples desejo de ver a vítima sofrer. Assim, se o torturador for movido por tais finalidades, teremos o enquadramento no art. 3.º, "i", da Lei n. 4.898/65. Na maioria dos casos – é preciso admitir –, a autoridade visa a obtenção de confissões ou declarações. Nessas hipóteses aplica-se a Lei de Tortura (art. 1.º, inc. I, "a", c. c. o § 4.º, inc. I, do mesmo artigo). Parece-nos mais acertado afirmar que a Lei de Tortura derogou o art. 3.º, "i", da Lei de Abuso de Autoridade (revogação parcial do dispositivo).

Existe outra discussão a ser encarada: teria o art. 3.º, "i", da Lei n. 4.898/65, revogado o art. 322 do Código Penal (violência arbitrária)?

Art. 322. Praticar violência, no exercício da função ou a pretexto de exercê-la: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, além da pena correspondente à violência.

No Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo predomina o entendimento que sustenta a revogação. No Supremo Tribunal Federal, no entanto, há orientação diversa (RTJ 54/304, 56/131 e 62/266), pois para a Suprema Corte não se confundem os crimes de violência arbitrária e de abuso de poder. Na violência arbitrária, o sujeito ativo atua sem o amparo de norma legal. No abuso de autoridade, ao contrário, pressupõe-se a existência de uma norma legal que autorizava o ato administrativo. O agente excede-se, abusando do poder que lhe fora confiado.

Se, além do abuso, é cometido outro crime – lesões corporais ou homicídio, por exemplo – aplica-se o concurso material de infrações (RT 563/396 e JUTACrim 47/207). Essa é a orientação que predomina na jurisprudência. Há precedente nesse sentido, do próprio Supremo Tribunal Federal, em voto do Min. Cordeiro Guerra (RTJ 101/595). Há outra corrente que sustenta o concurso formal. O crime de abuso tem como objetividade jurídica preservar a credibilidade do serviço público, o respeito à autoridade e os direitos e garantias constitucionais do cidadão. Tais finalidades são diversas das perseguidas pelo art. 121 ou art. 129 do Código Penal.

- *Alínea "j"*: direitos e garantias assegurados ao exercício profissional.

A infração penal alcança todas as profissões regulamentadas, visando assegurar o seu livre exercício.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 31

Trata-se de norma penal em branco. Para a existência do delito é necessária norma complementar que disponha sobre as garantias e prerrogativas da profissão. Lembremos o exercício da advocacia, por exemplo. Sua disciplina está na Lei n. 8.906/94 (EAOB). Também constitui abuso de poder, por exemplo, impedir a visita de Promotor de Justiça à Cadeia Pública. As garantias e prerrogativas inerentes às suas funções estão disciplinadas na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/93). No âmbito do Estado de São Paulo suas funções, garantias e prerrogativas estão previstas na Lei n. 734/93.

“Prática abuso de autoridade, violando direitos e garantias legais assegurados ao seu exercício profissional, o Delegado de Polícia que impede Promotor de Justiça de visitar Cadeia Pública” (TACrimSP, rel. Renato Mascarenhas, *JUTACrim* 83/316).

1.2. Artigo 4.º

Constitui também abuso de autoridade:

- *Alínea “a”*: ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder.

O dispositivo revogou o *caput* do art. 350 do Código Penal (exercício arbitrário ou abuso de poder).

De acordo com o art. 5.º, inc. LXI, da Constituição Federal: “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Três são as formas de prisão admitidas pela Constituição Federal:

a) *Flagrante delito*, cujas hipóteses e formalidades estão previstas nos artigos 301 e seguintes do CPP.

b) *Prisão administrativa do militar*, quando se tratar de crimes propriamente militares ou de transgressões militares. Trata-se de exceções previstas no inc. LXI do art. 5.º da Constituição Federal. Outras hipóteses excepcionais estão definidas nos artigos 136, § 3.º, inc. I (estado de defesa) e 139, inciso. II (estado de sítio), ambos da Constituição Federal.

As demais formas de prisão administrativa foram extintas pela nova Constituição Federal. O art. 319 do Código de Processo Penal é um desses casos. Referido dispositivo punia os remissos e omissos em entrar com dinheiro a seu cargo aos cofres públicos e os desertores estrangeiros. Outra hipótese envolve o art. 69 da Lei n. 6.815/80, que previa a possibilidade de o Ministro da Justiça decretar a prisão administrativa, por até 90 dias, de estrangeiro submetido a processo de expulsão. Atualmente, a prisão será requerida ao Poder Judiciário, isto é, ao Supremo Tribunal Federal.

c) *Ordem escrita da autoridade*:

I - Do juiz criminal:

1. Prisão temporária (Lei n. 7.960/89).
2. Prisão preventiva (arts. 311 a 317 do CPP).
3. Prisão em virtude de sentença de pronúncia (art. 408, § 1.º, do CPP).
4. Prisão em virtude de sentença condenatória recorrível (art. 393, inc. I, do CPP).
5. Prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado.

II – Do juiz cível:

1. Prisão por não cumprimento de acordo ou julgado relativo a alimentos (art. 19 da Lei n. 5.478/68).
2. Prisão civil do depositário infiel. Admitida também em relação ao depositário infiel, tratando-se de alienação fiduciária. É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de ser constitucional a prisão civil do depositário infiel. O Supremo Tribunal Federal (HC n. 75.306-0/RJ, de 12.9.1997, rel. Min. Moreira Alves) firmou o entendimento de que, em face da Constituição Federal de 1988, persiste a constitucionalidade do dispositivo. O art. 7.º, item n. 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, não pode se contrapor à permissão do art. 5.º, inc. LXVII, da Constituição Federal, por ser norma infraconstitucional (tratados e atos internacionais). A

referida convenção foi ratificada pelo Brasil em 25.9. 1992. Veja, no mesmo sentido, o HC n. 72.131.

3. Prisão do falido (arts. 14, inc. VI; 35; e 151, § 3.º, da Lei de Falências – Dec.-lei n. 7.661/45).

4. Prisão do síndico (art. 69, § 5.º, da Lei de Falências).

A prisão de qualquer pessoa, além de subsumir-se nas hipóteses acima alinhadas, deve revestir-se das formalidades legais. Essas visam assegurar o respeito às garantias e direitos constitucionais.

- *Prisão para averiguações*: cuida-se de medida não amparada na lei e que, assim, constitui evidente abuso de poder.
- *Alínea "b"*: submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei.

A Constituição Federal, em seu art. 5.º, inc. XLIX, preceitua que é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. Como se não bastasse, o inciso III do citado artigo determina o respeito à dignidade da pessoa humana, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

O Código Penal, por sua vez, dispõe que o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral (art. 38).

Idêntica determinação está inserida no art. 40 da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84).

Pressupõe-se, para a aplicação da alínea em estudo, que a prisão seja legal. Não obstante, a autoridade excede-se, praticando ou permitindo que a pessoa detida seja atingida em sua dignidade. Há, nesse momento, abuso de poder. Citamos, como exemplos, a exposição forçada do preso à imprensa ou ao público de uma maneira geral; sujeitá-lo ao escárnio coletivo; submetê-lo a trabalho degradante; sujeitá-lo a ofensas à sua honra, entre outros comportamentos.

Se a vítima do vexame ou do constrangimento for criança ou adolescente, que esteja sob a guarda ou vigilância da autoridade, o crime será o descrito no art. 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente, punido com detenção de seis meses a dois anos.

- *Alínea "c"*: deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente, a prisão ou detenção de qualquer pessoa.

Segundo o art. 5.º, inc. LXII, da Constituição Federal, a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

No caso de prisão em flagrante, a comunicação deverá ser efetivada assim que se terminar de lavrar o respectivo auto. Na hipótese de cumprimento de ordem de prisão, assim que a custódia se concretizar.

No caso de falta de comunicação de custódia de criança e adolescente, tipifica-se o delito previsto no art. 231 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

- *Alínea "d"*: deixar o juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada.

Dispõe o art. 5.º, inc. LXV, da Constituição Federal que a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.

Cuidando-se de sujeito passivo criança ou adolescente aplica-se o art. 234 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Trata-se de crime próprio, porquanto exige do sujeito ativo especial qualidade, de natureza profissional: ser juiz.

Lembramos que o delito de abuso de poder exige dolo. Assim, só se configurará a alínea em foco quando o estudo do elemento subjetivo demonstrar que a autoridade agiu com desejo de vingança, maldade, capricho, arbitrariedade, prepotência, entre outros comportamentos que ensejam o abuso de poder.

- *Alínea "e"*: levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei.

Segundo o art. 5.º, inc. LXVI, da Constituição Federal, ninguém será levado à prisão ou nela mantido,

quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

O delito em questão poderá ser praticado por juiz ou autoridade policial. À autoridade policial cabe o arbitramento de fiança, nos casos de detenção e prisão simples, e ao juiz, nos mesmos casos e nos crimes punidos com reclusão. Recusando ou demorando a autoridade policial a concessão de fiança, o preso – ou alguém por ele – poderá prestá-la perante o juiz, nos termos do art. 335 do Código de Processo Penal.

- *Alínea "i"*: prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade.

O delito em estudo, inserido pela Lei n. 7.960/89, que instituiu e regulamentou a prisão temporária, revogou o inciso II do parágrafo único do artigo 350 do Código Penal.

Trata-se de crime doloso, omissivo próprio e que se consuma com a conduta negativa da autoridade.

Após o lapso de cinco dias (art. 2.º, § 7.º, da Lei n. 7.960/89) ou de 30 dias (Lei n. 8.072/90), a liberação deverá ser automática, isto é, independentemente de ordem judicial. Os prazos acima indicados poderão ser prorrogados por iguais períodos. Quanto à pena privativa de liberdade, ou à medida de segurança, exige-se a ordem do juiz.

MÓDULO XXII

Contravenção Penal – Decreto-lei n. 3.688/47

1. CONTRAVENÇÃO PENAL

1.1. Classificação das Infrações Penais

Para o legislador penal brasileiro, adotado o critério bipartido, as infrações penais classificam-se em crimes e contravenções. A opção mostra-se evidente no artigo 1.º da Lei de Introdução ao Código Penal e na Lei das Contravenções Penais (Dec.-lei n. 3.914/41):

“Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”.

Conclui-se da definição legal que os crimes e as contravenções distinguem-se, tão-só, pela maior ou menor gravidade dos comportamentos descritos nos tipos penais, reservando-se sanções menos severas para as contravenções penais.

1.2. Princípio da Territorialidade

A Lei das Contravenções Penais adotou, expressamente, o princípio da territorialidade. Consoante o artigo 2.º da Lei das Contravenções Penais, a lei brasileira só é aplicável à contravenção praticada no território nacional, circunscrevendo-se à regra segundo a qual a lei penal só tem aplicação no Estado que a criou. Como destaca o Prof. Damásio de Jesus, o território, sob o prisma *material*, recebe o nome *território natural* ou *geográfico*, compreendendo o espaço limitado por fronteiras. O artigo 2.º da Lei das Contravenções Penais e o artigo 5.º do Código Penal adotam, também, o conceito de *território jurídico*, ou seja, o espaço em que o Estado exerce a sua soberania.

1.3. Aplicação das Regras Gerais do Código Penal

Art. 1.º da Lei das Contravenções Penais: “Aplicam-se às contravenções as regras gerais do Código Penal, sempre que a presente Lei não disponha de modo diverso”.

Art. 12 do Código Penal: “As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se essa não dispuser de modo diverso”.

Percebe-se, pelo cotejo dos dispositivos acima transcritos, que o Código Penal será utilizado para complementar a Lei das Contravenções Penais, nas suas omissões.

Entretanto, não aplicamos o Código Penal à Lei das Contravenções Penais, quando essa dispuser de modo diverso. É o que ocorre na hipótese de tentativa, por exemplo, uma vez que o artigo 4.º da Lei das Contravenções Penais veda-a expressamente. A impossibilidade legal da tentativa decorre tão-somente, por razões de política criminal. A tentativa seria viável sob o enfoque técnico, desde que não se tratasse de contravenção penal culposa ou de comportamento puramente omissivo.

O limite de cumprimento de prisão simples é de 5 anos (artigo 5.º da LCP), diversamente do que ocorre com as penas de reclusão e detenção, previstas no Código Penal, para os crimes cujo limite máximo de cumprimento foi fixado em 30 anos (artigo 75).

Outro exemplo diz respeito ao período de prova da suspensão condicional da pena (*sursis*), fixado por tempo não inferior a um ano, nem superior a três anos, nos termos do artigo 11 da Lei das Contravenções Penais.

1.4. Competência

O inciso IV do artigo 109 da Constituição Federal excluiu, expressamente, da competência da Justiça Federal o processo e julgamento das contravenções penais.

Considerando que a competência da Justiça Federal deve ser analisada restritivamente, segundo o rol taxativo previsto na Constituição Federal, rechaça-se o entendimento segundo o qual as contravenções penais seriam julgadas pela Justiça Federal nos casos de conexão com crimes de sua competência. A própria Súmula n. 122 do Superior Tribunal de Justiça, ao tratar do tema, faz referência exclusivamente a “crimes” conexos:

“Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do artigo 78, inciso II, ‘a’, do Código de Processo Penal”.

1.5. Ação Penal e Procedimento

A ação para a apuração das contravenções penais é pública, conforme prevê o artigo 17 da Lei das Contravenções Penais. Após a entrada em vigor da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9.099/95), todas as contravenções penais passaram a ser consideradas infrações de menor potencial ofensivo. Logo, quando não incidirem os institutos da composição civil, da transação penal ou da representação, a ação penal será pública incondicionada. Adotar-se-á o procedimento previsto nos artigos 77 e seguintes da Lei n. 9.099/95.

Registramos, todavia, a controvérsia existente em relação à natureza da ação penal em se tratando de vias de fato, prevista como contravenção no artigo 21. Essa discussão surgiu com o artigo 88 da Lei dos Juizados Especiais Criminais, que passou a exigir representação no caso de lesões leves e culposas. Se a infração mais grave (lesões corporais dolosas leves) é de ação penal pública condicionada à representação, não se compreende como possa a contravenção de vias de fato, de menor gravidade, continuar sendo de ação penal pública incondicionada.

Excepcionalmente, na hipótese de a contravenção não se submeter ao Juizado Especial Criminal, segue-se o rito sumário previsto para os crimes punidos com detenção (artigos 539 e 540 do CPP).

1.6. Dolo e Culpa nas Contravenções Penais

Art. 3.º da Lei das Contravenções Penais: “Para a existência da contravenção, basta a ação e a omissão voluntária. Deve-se, todavia, ter em conta o dolo ou a culpa, se a lei faz depender, de um ou de outra, qualquer efeito jurídico”.

O dispositivo pode levar à conclusão que basta, à configuração da contravenção, a simples vontade. Ao contrário, a contravenção, como qualquer outra infração penal, exige dolo ou culpa. Na Lei das Contravenções Penais, a modalidade culposa não é expressamente destacada, diversamente do que ocorre no Código Penal (parágrafo único do artigo 18). Assim, incumbe ao operador identificar a exigência de dolo ou culpa a partir da redação do tipo contravencional. Não há, na Lei das Contravenções Penais, figura preterdolosa.

Exemplos:

Artigo 29. “Provocar o desabamento de construção *ou, por erro no projeto ou na execução, dar-lhe causa*” (o *itálico* é nosso):

Pena – Multa, se o fato não constitui crime contra a incolumidade pública.”

Artigo 31. “Deixar em liberdade, confiar à guarda de pessoa inexperiente, *ou não guardar com a devida cautela animal perigoso*” (o *itálico* é nosso):

Pena – Prisão simples, de dez a dois meses, ou multa.”

Observação: Os trechos em *itálico* exigem a culpa. Os outros trechos satisfazem-se com o dolo.

1.7. Consumação e Tentativa

Via de regra, a consumação das contravenções independem de um resultado naturalístico. São, na maioria, infrações de mera conduta. Há, entretanto, contravenções materiais, isto é, de conduta e resultado. Podemos citar, como exemplo, o artigo 29 da Lei das Contravenções Penais.

No que concerne à tentativa, ainda que a figura contravencional a permita, há impedimento legal ao seu reconhecimento. É o que dispõe o artigo 4.º da Lei das Contravenções Penais:

“Não é punível a tentativa de contravenção”.

1.8. Penas

Atualmente, as penas previstas para as contravenções penais são a prisão simples e a multa, nos termos do artigo 5.º da Lei das Contravenções Penais. A pena de prisão simples deve ser cumprida sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou em seção especial de prisão comum, em regime aberto ou semi-aberto. O artigo 6.º da Lei das Contravenções Penais ainda determina que o condenado à pena de prisão simples fique sempre separado dos condenados às penas de reclusão ou de detenção.

À multa aplica-se o sistema do Código Penal (artigo 12 do CP), inclusive no que diz respeito aos limites. Frise-se que o artigo 9.º da Lei das Contravenções Penais, que permitia a conversão da pena de multa em prisão simples, foi tacitamente revogado pela Lei n. 9.268/96, que deu nova redação ao artigo 51 do Código Penal.

As penas acessórias foram extintas na reforma penal de 1984.

1.8.1. Informações suplementares

Quadro de informações suplementares

Prisão simples – limite	Cinco anos (art. 10)
Trabalho	Facultativo (art. 6.º, § 2.º)
Penas alternativas	Possibilidade (art. 44 do CP)
Prisão preventiva	Incabível (art. 313 do CPP)

1.9. Reincidência

Artigo 7.º. “Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção”.

Assim, a contravenção anterior não ensejará a reincidência se for objeto de condenação no exterior.

Aplica-se o artigo 64 do Código Penal, que dispõe sobre a eficácia da condenação anterior e sobre o desprezo dos crimes militares próprios e políticos para fins de reincidência.

1.10. Suspensão Condicional da Pena

Artigo 11. “Desde que reunidas as condições legais, o juiz pode suspender, por tempo não inferior a 1 (um) ano nem superior a 3 (três), a execução da pena de prisão simples, bem como conceder livramento condicional”.

O *sursis* não deverá ser aplicado quando for possível a substituição da pena de prisão simples por multa ou pena restritiva de direitos. Devem ser observados os requisitos legais dispostos no artigo 77 do Código Penal.

Prevalece, segundo a posição majoritária, o disposto no artigo 11 da Lei das Contravenções Penais sobre as regras gerais previstas no Código Penal. Nesses termos, o período de suspensão (um a três anos) é menor em relação ao fixado no Código Penal (dois a quatro anos); não incidem as condições previstas no § 1.º do artigo 78 do Código Penal (prestação de serviço à comunidade ou limitação de final de semana no primeiro ano do período de prova). Como consequência não se aplica, também, o § 2.º (substituição das condições do § 1.º do artigo 78, na hipótese de reparação do dano).

MÓDULO XXIII

Contravenção Penal – Decreto-lei n. 3.688/47

1. CONTRAVENÇÃO PENAL – PARTE ESPECIAL

1.1. Vias de Fato

"Artigo 21. Praticar vias de fato contra alguém:

Pena – prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa, se o fato não constituir crime."

Trata-se do emprego de violência real contra outrem, sem que da ação advenha lesão corporal. A violência moral não configura a infração penal em destaque, podendo caracterizar o delito de ameaça ou um crime contra a honra, por exemplo.

Como se nota, a qualificação das vias de fato como contravenção visa proteger a incolumidade física da pessoa humana, sendo essa a objetividade jurídica do tipo penal ora examinado.

Trata-se de uma contravenção comum, ou seja, pode ser praticada por qualquer pessoa.

Exige-se o dolo como elemento subjetivo do tipo, consistente no simples desejo de molestar alguém, sem a intenção de causar-lhe lesão corporal.

Se o sujeito ativo, ao empregar violência real, tencionar ultrajar, ou seja, ofender a dignidade da vítima, haverá injúria real (art. 140, § 2.º, do CP). Caso a intenção seja a de causar um dano anatômico, um ferimento na vítima, teremos uma tentativa de lesão corporal, desde que a produção do resultado não sobrevenha por circunstâncias alheias à vontade do agente.

A consumação da contravenção vias de fato ocorre com o mero comportamento típico do agente, ao desferir pontapés, tapas, socos, sem a produção de lesão corporal na vítima. A prova pericial é desnecessária para a configuração da contravenção.

A tentativa, nos termos do artigo 4.º da Lei das Contravenções Penais, é impunível.

Vias de fato é uma contravenção expressamente subsidiária: não se configura se o fato constitui crime. É o que está disposto no preceito secundário da norma. Também será absorvida quando for meio para a prática de crimes (estupro, atentado violento ao pudor, roubo, extorsão etc.).

A ação penal para o processo e julgamento da contravenção ora examinada tornou-se matéria controvertida com a vigência do artigo 88 da Lei n. 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais). Como é sabido, o referido dispositivo passou a exigir a representação da vítima no caso de lesões corporais dolosas leves e culposas. Ora, se a condição de procedibilidade é exigida para a infração penal mais grave, como dispensá-la no caso de uma mera contravenção penal. Esse é o fundamento do posicionamento do Professor Damásio E. de Jesus, cujo resultado consiste na exigência de representação do ofendido também no caso da contravenção, aplicando-se analogia *in bonam partem*. Para a outra corrente de pensamento, a ação penal é pública incondicionada, nos termos do artigo 17 da Lei das Contravenções Penais. Nesse sentido, posicionou-se o Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* n. 80.617/MG, realizado em 20.3.2001, cujo relator foi o Ministro Sepúlveda Pertence (v.u.). Eis a ementa do acórdão:

"A regra do art. 17 da Lei das Contravenções Penais – segundo a qual a persecução das contravenções penais se faz mediante ação penal pública incondicionada – não foi alterada, sequer em relação à de vias de fato, pelo art. 88 da Lei n. 9.099/95, que condicionou à representação a ação penal por lesões corporais leves".

1.2. Perturbação do Trabalho ou Sossego Alheios

"Art. 42. Perturbar alguém, o trabalho ou o sossego alheios:

I– com gritaria ou algazarra;

II –exercendo profissão incômoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais;

III– abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos;

IV– provocando ou não procurando impedir barulho produzido por animal de que tem a guarda: Prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa."

A objetividade jurídica da contravenção estudada consiste na manutenção da paz pública.

A ação pode ser praticada por qualquer pessoa. Não se exige, pois, nenhuma qualidade especial do sujeito ativo.

A contravenção é de forma vinculada, uma vez que o legislador restringiu o comportamento típico às formas previstas nos quatro incisos da figura penal:

Inciso I – Gritaria ou algazarra: o que se pune é o distúrbio prejudicial ao trabalho ou ao repouso. Como já se mencionou, a perturbação poderá provir de um baile ou festa familiar. Nesses casos não há cogitar de contravenção, pois o divertimento lícito afasta a idéia de infração penal. As festas fazem parte da saúde e felicidade do cidadão, das famílias e do povo.

A gritaria é o som oriundo da voz humana. A algazarra tem o mesmo sentido. Porém, para diferenciar gritaria de algazarra, reservamos a última para representar o ruído provocado de outra maneira. Podemos citar como exemplos as cantorias, o chute de objetos, a quebra de garrafas etc.. A algazarra requer, também, o concurso de várias pessoas. Poderíamos dizer, então, que a contravenção, na hipótese de algazarra, é de concurso necessário ou plurissubjetiva. Não se concebe algazarra com uma só pessoa.

Inciso II – Exercício de profissão incômoda ou ruidosa: é norma penal em branco. Necessita, pois, de complemento que se traduz nas normas municipais que regulam a ocupação da cidade, que visam coibir abusos. Normalmente, é o regulamento local que limita a hora de funcionamento de certos estabelecimentos, cautelas para a utilização de determinadas máquinas, em suma, precauções que possam influir na redução do barulho ao mínimo possível e tolerável. Essa regulamentação pelo Poder Público incidirá no exercício de certas atividades ruidosas, como indústrias, padarias, tipografias, serralharias ou marcenarias. A legislação local poderá restringir, em determinadas áreas da cidade, a atividade comercial ou industrial. Poderá, também, estabelecer horário de funcionamento, ou o limite de ruído permitido.

É necessária a existência de *prescrição legal*, ou seja, de normas, de atos administrativos que disciplinem o exercício de profissão (elemento normativo do tipo). Na inexistência delas não há contravenção.

O dolo é abrangente, pois deve alcançar a consciência de que se está violando as prescrições legais.

Inciso III – Abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos: trata-se do uso imoderado. A contravenção configurar-se-á, por exemplo, no abuso de aparelhagem de som; no acionamento abusivo, imoderado, de buzinas de veículos automotores; na reprodução de música executada em alto volume por casa de diversão, perturbando a tranquilidade coletiva. Exige-se a consciência de que o comportamento é abusivo.

Inciso IV – Provocando ou não procurando impedir barulho de animal de que tenha a guarda: há dois comportamentos típicos, um comissivo e outro omissivo. Pune-se quem tem a guarda do animal, podendo ser o proprietário ou não, um simples possuidor ou um mero detentor.

O sujeito passivo, por sua vez, é a coletividade. Assim, considerando que a classificação do comportamento como contravenção visa assegurar a paz coletiva, não se configurará o artigo 42 se o incômodo atingir uma única pessoa, ou um grupo reduzido delas. Se a conduta incomodar uma pessoa, poderá haver a configuração da contravenção prevista no artigo 65 (perturbação da tranquilidade), desde que o comportamento seja animado pelos elementos subjetivos do tipo: acinte ou motivo reprovável.

Só o dolo caracteriza a contravenção. Há jurisprudência no sentido de que a manifestação de alegria que se verifica nas festas populares não configura a contravenção, porquanto inexistente a intenção de atingir a paz coletiva.

A consumação ocorre com o ato de perturbar o trabalho ou o sossego alheios. Trata-se, pois, de contravenção material de conduta e resultado.

1.3. Jogo do Bicho

O artigo 58 da Lei das Contravenções Penais foi revogado pelo Decreto- lei n. 6.259/44, que dispôs sobre as

figuras contravencionais ligadas ao jogo do bicho e às loterias clandestinas. A partir de então, enquadra-se o comportamento contravencional no artigo 58 do supracitado Decreto-lei. Aliás, o Decreto-lei n. 6.259/44, que também revogou os artigos 51 a 57 da Lei das Contravenções Penais, trata das mesmas condutas em seus artigos 45 e seguintes.

O jogo do bicho consiste, segundo a redação do artigo 58, *caput*, do Decreto-lei n. 6.259/44, na realização de apostas mediante combinação de algarismos ou nome de animais e no pagamento de prêmios em dinheiro.

A denominação provém de sua organização, em série de 25 bichos, começando com a avestruz (grupo um) e terminando com a vaca (grupo 25). Cada grupo abrange quatro dezenas. Vejamos o quadro demonstrativo inserido na seqüência:

GRUPO	DEZENAS	BICHOS
1.º	01 a 04	Avestruz
2.º	05 a 08	Águia
3.º	09 a 12	Burro
4.º	13 a 16	Borboleta
5.º	17 a 20	Cachorro
6.º	21 a 24	Cabra
7.º	25 a 28	Carneiro
8.º	29 a 32	Camelo
9.º	33 a 36	Cobra
10.º	37 a 40	Coelho
11.º	41 a 44	Cavalo
12.º	45 a 48	Elefante
13.º	49 a 52	Galo
14.º	53 a 56	Gato
15.º	57 a 60	Jacaré
16.º	61 a 64	Leão
17.º	65 a 68	Macaco
18.º	69 a 72	Porco
19.º	73 a 76	Pavão
20.º	77 a 80	Peru
21.º	81 a 84	Touro
22.º	85 a 88	Tigre
23.º	89 a 92	Urso
24.º	93 a 96	Veado
25.º	97 a 00	Vaca

Os prêmios são regulados pelos banqueiros, variando conforme a aposta feita: no grupo, na dezena, na centena ou na milhar. Confere-se o resultado pela extração da loteria federal.

Participam do jogo o apostador, denominado na figura contravencional como comprador ou ponto, o cambista (intermediário, arrecadador de apostas), o vendedor (o banqueiro), além de outros indivíduos que colaboram na elaboração do jogo, realizando um dos comportamentos típicos previstos nas alíneas "b", "c", "d" do § 1.º do artigo 58 do Decreto-lei n. 6.259/44. Conseqüentemente, os sujeitos ativos da contravenção são as pessoas mencionadas no *caput* e nas alíneas do § 1.º do artigo 58.

Frisamos, desde logo, que para se punir o cambista não é necessário identificar o apostador ou o banqueiro. Nesses termos a Súmula n. 51 do Superior Tribunal de Justiça (1992): "A punição do intermediador, no jogo do bicho, independe da identificação do apostador ou do banqueiro". Também não é imprescindível que ele seja surpreendido colhendo apostas, bastando a apreensão de material do jogo em seu poder.

Discute-se a viabilidade do reconhecimento do estado de necessidade em relação aos cambistas. Entendemos que a alegação da discriminante, fundada na exigência de o cambista dar sustento à família, não torna lícita a prática do jogo do bicho. Há corrente minoritária sustentando o oposto.

No que diz respeito ao apostador, sendo ele surpreendido pelos agentes da autoridade policial antes de

concluir a aposta, seu comportamento é atípico, uma vez que não se pune a tentativa de contravenção.

1.3.1. Resumo dos comportamentos típicos

Realizar o jogo do bicho (apostador e banqueiro)	Art. 58, <i>caput</i>
Servir de intermediário (cambista)	Art. 58, § 1.º, "a"
Transportar, conduzir, possuir, ter sob sua guarda ou poder, fabricar, dar, ceder, trocar e guardar listas com indicações do jogo, material próprio da contravenção e qualquer outra forma de contribuição para sua confecção, utilização ou emprego.	Art. 58, § 1.º, "b"
Apuração de listas ou organizações de mapas relativos ao movimento do jogo.	Art. 58, § 1.º, "c"
Qualquer outro comportamento que vise promover ou facilitar a realização do jogo.	Art. 58, § 1.º, "d"

O sujeito passivo da contravenção do jogo do bicho é o Estado. O fato de o Estado explorar jogos de azar não enseja a atipicidade do comportamento dos contraventores, pois os recursos arrecadados pelo Estado, diversamente do que ocorre com os banqueiros, estão comprometidos exclusivamente com o interesse público.

Exige-se o dolo como elemento subjetivo do tipo. Não se exige a habitualidade para a configuração da contravenção do jogo do bicho.

As penas de prisão simples previstas são diferenciadas, dependendo do comportamento típico concretizado pelo sujeito ativo.

Aplica-se à contravenção do jogo do bicho a Lei n. 9.099/95, não obstante haja a previsão de rito específico para a sua apuração.

Quanto à prova exigida pela contravenção, preceitua o § 2.º do artigo 58: "Consideram-se idôneos para a prova do ato contravencional quaisquer listas com indicações claras ou disfarçadas, uma vez que a perícia revele se destinarem à perpetração do jogo do bicho". Acerca da exigibilidade da perícia há duas orientações. Para a primeira, a perícia é indispensável. O jogo é, normalmente, feito por meio de símbolos e abreviaturas só decifráveis por quem entende do jogo. Para a outra posição, a perícia só é indispensável quando existe dúvida sobre o material apreendido. Realizada a perícia, não é necessário que todo o material apreendido a acompanhe.

1.4. Importunação Ofensiva ao Pudor

"Artigo 61. Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor:
Pena – Multa."

Tutelam-se os bons costumes, o pudor individual. Caso o sujeito ativo ofenda o pudor público responderá como incurso no artigo 233 do Código Penal (ato obsceno) ou como incurso no artigo 234 do Código Penal (escrito ou objeto obsceno). Em ambas as infrações, a lei visa à proteção da moralidade pública, sendo sujeito passivo a coletividade.

Quer o sujeito ativo, quer o passivo, podem ser qualquer pessoa. Frise-se que o homem também pode ser vítima da contravenção.

A conduta consiste em *importunar*, quer dizer, molestar, incomodar, atingindo o pudor da vítima. São exemplos as "cantadas" grosseiras, o toque lascivo, entre outros comportamentos que não configurem o atentado violento ao pudor.

Lembramos que o assédio sexual, desde que o agente o cometa prevalecendo-se da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função, passou a constituir crime, nos termos do artigo 216-A do Código Penal. O comportamento típico foi incluído no Código Penal pela Lei n. 10.224, de 15.5. 2001. A pena prevista no preceito secundário do artigo 216-A é de um a dois anos de detenção.

A contravenção ora estudada deve ser cometida em local público (aquele que se presta ao acesso livre do povo, sem distinção ou formalidade) ou acessível ao público. Em local privado poderá caracterizar-se o artigo 65 da Lei das Contravenções Penais.

O *pudor*, elemento normativo do tipo, deve ser apreciado em relação à moral média. É sinônimo de decência. Deve, pois, corresponder a um sentimento médio de suscetibilidade ou moralidade, que são variáveis no tempo e no espaço. Pudor, segundo Nélson Hungria, é o sentimento de timidez ou de vergonha de que se sente possuída a pessoa normal diante de certos fatos ou atos que ferem a decência. Ensina Damásio E. de Jesus que a existência da ofensa ao pudor não está afeta à exclusiva apreciação subjetiva da vítima, uma vez que a conduta atenta contra os bons costumes.

A consumação ocorre com a importunação. A tentativa é impunível (art. 4.º da LCP).

A importunação ofensiva ao pudor distingue-se do ato obsceno (art. 233 do CP), pois nesse o agente quer ou assume o risco de ser visto na prática de ato de caráter sexual (andar nu ou masturbar-se na via pública, por exemplo) enquanto, na contravenção que ora se examina, o agente não quer e também não assume o risco de ser visto por um número indeterminado de pessoas.

A contravenção também se distingue do atentado violento ao pudor (art. 214 do CP). O crime exige a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Na contravenção a conduta que visa satisfazer a libido não é cometida com violência ou grave ameaça.

1.5. Perturbação da Tranquilidade

"Artigo 65. Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável.
Pena – Prisão simples, de 15 dias a 2 meses, ou multa."

Almeja-se a preservação da tranquilidade individual. Essa é a objetividade jurídica da contravenção em estudo.

Não há restrição quanto aos sujeitos ativo e passivo da contravenção de perturbação da tranquilidade.

O comportamento típico consiste em molestar, isto é, incomodar alguém. Perturbar significa interromper o sossego, a paz, a tranquilidade de outrem. Trata-se de contravenção de forma livre, uma vez que pode ser praticada por meio de palavras, gestos, por correspondência etc.

Exige-se o dolo, acrescido de especial finalidade do agente: a) *acinte*: de caso pensado, de forma premeditada, com o firme propósito de perturbar; b) *motivo reprovável*: censurável, sem justificação, ilegítimo. Exemplos: passar trotes; atirar sujeira na casa de alguém; fazer barulho para incomodar determinada pessoa.

Quadro comparativo

Temas/Infrações	Art. 42 Perturbação do trabalho ou do sossego alheios	Art. 61 Importunação ofensiva ao pudor	Art. 65 Perturbação da tranquilidade
Objetividade jurídica	Paz pública	Bons costumes	Tranquilidade pessoal
Sujeito Ativo	Qualquer pessoa	Idem	Idem
Sujeito Passivo	É a coletividade. Não basta uma pessoa ou um número muito reduzido delas.	Qualquer pessoa, homem ou mulher.	Qualquer pessoa.
Elemento Subjetivo	Dolo, acrescido do conhecimento das prescrições legais (II) e do caráter abusivo do comportamento (I e III).	Dolo. O agente visa à satisfação de sua libido, não assumindo o risco de ser visto por várias pessoas.	Dolo, acrescido do acinte (comportamento grosseiro, maldoso) ou do motivo reprovável (contrário aos sentimentos morais ou sociais).
Elemento Espacial	Qualquer local.	Local público ou acessível ao público.	Qualquer local.

Consumação	Com o ato de perturbar o trabalho ou o sossego alheios.	Com a importunação ao pudor.	Com o molestar.
Elementos objetivos do tipo	1) Gritaria ou algazarra; 2) Exercício de profissão incômoda ou ruidosa (II), em desacordo com as prescrições legais; 3) Abuso no emprego de instrumentos sonoros ou de sinais acústicos (III); 4) Provocar ou não impedir barulho de animal.	Importunar, atingindo o pudor da vítima (sentimento de timidez ou vergonha).	Molestar: irritar, incomodar, perturbar a tranquilidade, o sossego, a paz, por acinte ou motivo reprovável.

MÓDULO XXIV

Crimes Falimentares

1. PREVISÃO LEGAL DOS CRIMES FALIMENTARES

Os crimes falimentares estão previstos nos artigos 186 e seguintes do Decreto-lei n. 7.661/45.

2. TEORIAS SOBRE OS CRIMES FALIMENTARES

2.1. Teoria da Falência-Crime

Como ressalta Maximiliano Cláudio Américo Führer¹⁶, “na doutrina clássica, a própria falência constitui o delito, enquanto as teorias modernas procuram conceituar o crime falimentar como um ilícito penal cometido pelo falido, ou a violação dolosa ou culposa de obrigações impostas por lei ao comerciante, passando a falência a ser apenas uma condição de existência ou de punibilidade do crime falimentar”. Como adverte o citado autor, o conceito de falência-crime não foi reconhecido pela doutrina.

2.2. Teoria da Dupla Presunção Legal

Pela teoria da dupla presunção legal, a falência não é, por si só, um crime. Na verdade, pune-se o comportamento do falido que causa ou agrava a situação de insolvência que ensejou a falência. O comportamento do falido agrava a situação econômica da empresa e, conseqüentemente, reduz ou suprime dos credores a possibilidade de se verem ressarcidos no processo falimentar. Como enfatiza a denominação dessa teoria, reconhecem-se duas presunções legais. Nos termos da primeira, a constatação de um comportamento descrito na lei é suficiente para concluir que o devedor tinha uma *conduta desregrada* na condução de seus negócios. Para a segunda presunção, tal conduta irregular na condução dos negócios foi a causa determinante da falência. Trata-se de uma presunção *juris et de jure*, de caráter absoluto, portanto.

2.3. Teoria da Falência-Condição

Segundo a teoria da falência-condição, a falência seria uma condição de existência do crime falimentar e de sua punibilidade. Os crimes correspondem aos comportamentos típicos descritos na lei. Segundo Maximiliano Führer é a teoria predominante na atualidade, expressamente adotada na Exposição de Motivos da Lei de Falências.

3. OBJETIVIDADE JURÍDICA DOS CRIMES FALIMENTARES

Predomina o entendimento de que o objeto jurídico é o bem ou o interesse jurídico protegido pela norma penal. Para Feuerbach, no entanto, o objeto jurídico seria a própria norma penal. Podemos afirmar que o crime falimentar é pluriofensivo, haja vista a ofensa a vários bens tutelados: o patrimônio dos credores, o crédito, a fé pública, o comércio, a economia, o tratamento isonômico dos credores, a liquidação rápida e justa da massa ativa e o interesse da Administração da Justiça. Para Maximiliano Führer, o objeto da tutela penal é o conjunto de interesses que se estabelece em torno da massa falida¹⁷. Adota idêntico posicionamento Rubens Requião¹⁸.

4. CRIMES ANTE E PÓS-FALIMENTARES

A classificação supracitada tem como baliza a sentença declaratória da falência. São os comportamentos típicos cometidos antes ou depois da quebra. A distinção, embora digna de avaliação, carece de utilidade, sendo inútil distinguir entre crimes antifalimentares ou pós-falimentares, já que todos atingem os bens

¹⁶ FÜHRER, Maximiliano Cláudio Américo. *Crimes falimentares*. São Paulo: RT, 1972. p. 5.

¹⁷ *Op. cit.* p. 24.

¹⁸ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 14.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1995. vol. 2, p. 158.

tutelados pela norma penal.

5. A ZONA DE RISCO PENAL

Na existência de uma empresa pode haver um momento no qual se anteveja a quebra, a partir do qual pode o agente praticar alguns comportamentos que atingem os interesses da futura e eventual massa falida.

Segundo Maximiliano Führer, a zona de risco penal é um conceito relativo, que deverá ser examinado em cada caso concreto. A Lei de Falências pode, em determinadas hipóteses, delimitar a zona de risco penal. Assim o fez, por exemplo, no inciso III do artigo 186 do Decreto-lei n. 7.661/45, no qual há crime se o comportamento típico – “emprego de meios ruinosos para obter recursos e retardar a declaração da falência...” – é cometido nos seis meses anteriores à quebra.

O interesse na delimitação da *zona de risco penal* prende-se à necessidade de se estabelecer a partir de que momento pode-se caracterizar a conduta do agente como crime falimentar. Não seria razoável estender-se a *zona de risco* até um passado remoto.

6. QUALIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA DOS CRIMES FALIMENTARES

Há controvérsia acerca da qualificação doutrinária dos crimes falimentares. Há aqueles que sustentam que os crimes ora estudados são de dano, porque dependem da decretação da falência. Para outros, há crimes de perigo e de dano. Assim, incumbirá ao aplicador do Direito Penal a verificação caso a caso.

7. UNIDADE OU MULTIPLICIDADE DE CRIMES FALIMENTARES

Há consenso na doutrina sobre a unidade do crime falimentar. Nesse sentido, podemos citar Rubens Requião, Oscar Stevenson, Maximiliano Führer, entre outros. Ainda que vários sejam os crimes praticados, o agente responderá por uma única infração, evidentemente a mais severa. O crime falimentar é um todo único, não podendo a sentença cindi-lo para aplicar penas autônomas a cada uma de suas partes (STF, HC n. 49.563-SP). Ao analisarmos a Lei de Falências nos deparamos, nos artigos 186 e 188 com os chamados *crimes de ação múltipla* ou *de conteúdo variado*, o que implica o reconhecimento de crime único ainda que várias tenham sido as ações praticadas, sendo indiferente que tenham sido cometidas antes ou depois da sentença declaratória da falência.

8. SUJEITO ATIVO DOS CRIMES FALIMENTARES

Nos crimes antefalimentares o devedor será sempre o sujeito ativo. Terceiros poderão concorrer na qualidade de partícipes. Nos delitos pós-falimentares, o crime é comum, dado que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, o próprio falido ou terceira pessoa, inclusive o síndico, o juiz, o representante do Ministério Público, o perito, o avaliador, o escrivão, o oficial de justiça ou o leiloeiro, segundo a lição de Maximiliano Führer. Prevalece a impossibilidade de figurar a pessoa jurídica como sujeito ativo dos crimes falimentares, com fundamento no axioma *societas delinquere non potest*. A responsabilidade na Lei de Falências é, portanto, exclusivamente pessoal, recaindo sobre todos aqueles que, de qualquer modo, concorrerem para o crime.

9. SUJEITO PASSIVO NOS CRIMES FALIMENTARES

Vimos que os crimes falimentares são pluriofensivos. Constatamos, também, que os comportamentos típicos atingem os interesses individuais e outros como a fé pública, o funcionamento do comércio e da economia. Assim, são sujeitos passivos os credores e o próprio Estado.

10. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO

Quando o Código Penal admite a modalidade culposa, o faz expressamente. É o que se extrai do disposto no parágrafo único de seu artigo 18. Como ensina Damásio de Jesus, não há crimes falimentares culposos, mas sim dolosos. Distinguem-se esses pelo dolo de dano ou de perigo. Nesse sentido:

“... Assim vejamos o que ocorre nos delitos falimentares. Por força do art. 12 do Código Penal, o disposto no

parágrafo único do art. 18 do mesmo estatuto é aplicável à legislação especial falimentar. E na descrição dos delitos de quebra não há nenhuma referência à modalidade culposa; nem existe indicação marginal nesse sentido. Conclusão: não há crimes falimentares culposos ...”¹⁹.

11. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Nos crimes antefalimentares verifica-se a consumação com a superveniência da sentença declaratória da falência, pois somente nesse momento os comportamentos praticados pelo agente atingem o objeto da tutela penal: a massa falida. No caso dos crimes pós-falimentares, a consumação ocorrerá no momento do cometimento da conduta típica.

A tentativa é tecnicamente viável nos crimes antefalimentares, muito embora devemos reconhecer sua difícil configuração na prática. A forma tentada é possível desde que durante a execução sobrevenha a declaração da falência, de modo a interromper o *iter criminis* por circunstâncias alheias à vontade do agente. Nos pós-falimentares inexiste controvérsia, sendo perfeitamente admissível o *conatus*.

12. PRESCRIÇÃO DOS CRIMES FALIMENTARES

A matéria é regulada pelo artigo 199 do Decreto-lei n. 7.661/45, segundo o qual a prescrição extintiva da punibilidade de crime falimentar opera-se em dois anos. A contagem desse prazo tem como marco inicial a data em que *deveria* estar encerrada a falência ou da sentença que julgar cumprida a concordata. É o que dispõe a Súmula n.147 do Supremo Tribunal Federal:

“A prescrição de crime falimentar começa a correr da data em que deveria estar encerrada a falência, ou do trânsito em julgado da sentença que a encerrar ou que julgar cumprida a concordata”.

Explica-se: deve-se conjugar o disposto no artigo 199 e seu parágrafo com o que preceitua o artigo 132, § 1.º, ambos do Decreto-lei n. 7.661/45. Segundo o § 1.º do artigo 132, o processo de falência deverá estar encerrado dois anos depois do dia da declaração da quebra. Sabe-se, entretanto, que o processo falimentar é moroso, podendo arrastar-se por vários anos. A persistir a aplicação do artigo 199 tal como escrito, o falido poderia ser processado criminalmente após 15 ou 20 anos da data do cometimento da infração, hipótese de tratamento muito mais severo daquele que ele receberia caso praticasse um homicídio, cuja prescrição ocorreria em 20 anos da consumação do delito. Assim, após intenso debate, reconheceu o Supremo Tribunal Federal que o termo inicial para a contagem do lapso prescricional será a data em que *deveria* estar encerrado o processo de falência. Para tanto, a Suprema Corte combinou os artigos 132, § 1.º, e 199. A adoção desse posicionamento vem em benefício do agente. Mas, atenção! Maximiliano Fühler adverte que o entendimento exposto na Súmula n. 147 só pode ser adotado aos crimes praticados até dois anos depois da sentença declaratória da falência. Nos demais casos conta-se o prazo de prescrição a partir da data do trânsito em julgado da sentença que encerrar a falência.

Aplica-se à prescrição dos crimes falimentares as causas interruptivas previstas no Código Penal (Súmula n. 592 do STF).

Quanto à concordata, em sendo preventiva, a contagem inicia-se com a data do trânsito em julgado da sentença que a julgar cumprida. Sendo suspensiva, a sentença que a der por cumprida encerrará a falência. Assim, a partir do trânsito em julgado dessa sentença começará a ser contado o prazo de dois anos.

13. O INQUÉRITO JUDICIAL

Os crimes falimentares são apurados mediante inquérito judicial, disciplinado nos artigos 103 a 113 da Lei de Falências. Prepondera o entendimento de que a natureza do procedimento apuratório é inquisitiva, prestando-se exclusivamente para que o Ministério Público possa formar sua convicção. Outra corrente jurisprudencial sustenta que o inquérito judicial é peça integrante da ação penal, devendo ser submetido ao princípio do contraditório.

14. COMPETÊNCIA

¹⁹ JESUS, Damásio de. *Questões Criminais*. 3.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 154.

A competência para processo e julgamento dos crimes falimentares é o Juízo do local em que foi declarada a falência. No Estado de São Paulo é o que dispõe o artigo 15 da Lei n. 3.947/83, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (*RHC* n. 63.787, j. de 27.6.1986, *DJU* 22.8.1986, *RTJ* 119/133).

15. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

Dispõe o artigo 89 da Lei n. 9.099/95 ser possível o *sursis processual* quando a pena mínima cominada em abstrato for igual ou inferior a um ano. O mencionado dispositivo não faz restrição à existência de procedimento especial previsto para a apuração da infração penal. Assim, presentes o requisito objetivo (quantidade da pena mínima abstratamente cominada pelo legislador) e os subjetivos, é cabível o benefício.

16. FIGURAS PENAIIS

Os crimes falimentares estão descritos nos artigos 186 a 190 do Decreto-lei n. 7.661/45:

"Art. 186. Será punido o devedor com detenção, de seis meses a três anos, quando concorrer com a falência algum dos seguintes fatos:

- I – gastos pessoais, ou de família, manifestamente excessivos em relação ao seu cabedal;
- II – despesas gerais do negócio ou da empresa injustificáveis por sua natureza ou vulto, em relação ao capital, ao gênero do negócio, ao movimento das operações e a outras circunstâncias análogas;
- III – emprego de meios ruinosos para obter recursos e retardar a declaração da falência, como vendas, nos seis meses a ela anteriores, por menos do preço corrente, ou a sucessiva reforma de títulos de crédito;
- IV – abuso de responsabilidade de mero favor;
- V – prejuízos vultosos em operações arriscadas, inclusive jogos de Bolsa;
- VI – inexistência dos livros obrigatórios ou sua escrituração atrasada, lacunosa, defeituosa ou confusa;
- VII – falta de apresentação do balanço, dentro de 60 dias após a data fixada para o seu encerramento, à rubrica do juiz sob cuja jurisdição estiver o seu estabelecimento principal.

Parágrafo único. Fica isento da pena, nos casos dos ns. VI e VII deste artigo, o devedor que, a critério do juiz da falência, tiver instrução insuficiente e explorar comércio exíguo.

Art. 187. Será punido com reclusão, por um a quatro anos, o devedor que, com o fim de criar ou assegurar injusta vantagem para si ou para outrem, praticar, antes ou depois da falência, algum ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores.

Art. 188. Será punido o devedor com a mesma pena do artigo antecedente, quando com a falência concorrer algum dos seguintes fatos:

- I – simulação de capital para obtenção de maior crédito;
- II – pagamento antecipado de uns credores em prejuízo de outros;
- III – desvio de bens, inclusive pela compra em nome de terceira pessoa, ainda que cônjuge ou parente;
- IV – simulação de despesas, de dívidas ativas ou passivas e de perdas;
- V – perdas avultadas em operações de puro acaso, como jogos de qualquer espécie;
- VI – falsificação material, no todo ou em parte, da escrituração obrigatória ou não, ou alteração da escrituração verdadeira;
- VII – omissão, na escrituração obrigatória ou não, de lançamento que dela devia constar, ou lançamento falso ou diverso do que nela deveria ser feito;
- VIII – destruição, inutilização ou supressão, total ou parcial, dos livros obrigatórios;
- IX – ser o falido leiloeiro ou corretor.

Art. 189. Será punido com reclusão de um a três anos:

- I – qualquer pessoa, inclusive o falido, que ocultar ou desviar bens da massa;
- II – quem quer que, por si ou interposta pessoa, ou por procurador, apresentar, na falência ou na concordata preventiva, declarações ou reclamações falsas, ou juntar a elas títulos falsos ou simulados;
- III – o devedor que reconhecer como verdadeiros créditos falsos ou simulados;
- IV – o síndico que der informações, pareceres ou extratos dos livros do falido inexatos ou falsos, ou que

apresentar exposição ou relatórios contrários à verdade.

Art. 190. Será punido com detenção, de um a dois anos, o juiz, o representante do Ministério Público, o síndico, o perito, o avaliador, o escrivão, o oficial de justiça ou o leiloeiro que, direta ou indiretamente, adquirir bens da massa, ou, em relação a eles, entrar em alguma especulação de lucro."

17. DECLARAÇÃO DA FALÊNCIA

Discute-se a natureza jurídica da declaração da quebra em relação aos crimes falimentares. Há os que sustentam que ela constitui elemento do tipo. Outros, que se trata de uma condição objetiva de punibilidade. Há, também, os que nela reconhecem um pressuposto do crime falimentar. Finalmente, existem aqueles que vêem a declaração da falência como uma condição de procedibilidade da ação penal.

Vale a pena transcrever a lição de Damásio de Jesus:

"Pensamos que nos delitos falimentares, conforme a figura penal, a declaração da falência constitui condição de procedibilidade ou elemento do tipo. A diversidade da natureza jurídica da declaração da quebra depende dos elementos contidos no tipo penal. Quando a figura incriminadora não contém a declaração da falência como elementar, ela configura condição de procedibilidade. É o que ocorre no caso da juntada de título simulado na concordata preventiva (Lei de Falências, art. 189, II). O delito existe já na fase da concordata preventiva. A ação penal, porém, fica condicionada à declaração da falência (CPP, art. 507). Quando, entretanto, a definição do crime contém a declaração da quebra, esta constitui elemento do tipo. Sem ela o fato é atípico.

O síndico que numa falência adquire bens da massa pratica delito falimentar (art. 190). Se não há falência a conduta é atípica"²⁰.

ALTERAÇÃO

MÓDULO V

1. Tendo em vista o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação ao estupro e ao atentado violento ao pudor, no item **2. O ROL DOS CRIMES HEDIONDOS** no trecho onde se lê "*Atenção*: segundo recente decisão... ou morte da vítima" leia-se:

Observação: Vinha predominando nos Tribunais Superiores a orientação de que o estupro e o atentado para serem considerados crimes hediondos deveriam ser cometidos com violência real, dessa resultando lesão grave ou morte da vítima. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no entanto, ao julgar o HC 81.288-SC, em 17.12.2001, por maioria de votos (7 a 4), mudou sua orientação, decidindo que o crime de estupro é hediondo, ainda que dele não resulte lesão corporal grave ou morte. Após essa relevante decisão, o Superior Tribunal de Justiça, adotando expressamente o entendimento do Pleno do Supremo Tribunal Federal, entendeu que o atentado violento ao pudor, mesmo no caso de violência presumida, é crime hediondo (HC 19.221-PR, Rel. Félix Fischer, j. em 7.2.2002). A orientação do Supremo Tribunal Federal, ao contrário do que ocorreu com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não afirma, explicitamente, ser hediondo o estupro cometido com violência presumida. Frisa-se, no entanto, que o caso levado a julgamento no Supremo Tribunal Federal versava sobre estupro praticado contra descendentes, contando a filha mais velha com apenas 11 anos de idade. Além da violência presumida (art. 224, "a", do CP) foi empregada violência real, porquanto a pequena vítima chegou a ser amordaçada por seu pai. A Ministra Ellen Gracie, baseada em estudos sobre o estupro, ressaltou que a hediondez do referido crime emana das seqüelas de ordem psíquica e emocional que marcam a mulher para o resto da vida. Ora, é forçoso reconhecer que tais conseqüências também emanam do estupro praticado com violência presumida. Por tal razão, ponderamos que a forma simples do estupro, ainda que cometido com violência presumida, é crime hediondo. A confirmação ou não do nosso entendimento virá com as próximas decisões do Supremo Tribunal Federal.

2. Ainda com base nesse novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, o exercício 4 de Legislação Penal

²⁰ JESUS, Damásio de *Código de Processo Penal Anotado*. 14.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1998.p. 366.

Especial dos Exercícios Objetivos do Módulo 5 deve ser substituído por:

4. Assinale a alternativa correta. O estupro e o atentado violento ao pudor, segundo o STF, para serem considerados como crimes hediondos: a) exigem o resultado morte ou lesão grave; b) dependerão da incidência do art. 223, *caput* e parágrafo único, do Código Penal; c) não exigem o resultado morte ou lesão grave; d) reclamam a aplicação das causas de aumento previstas no art. 226 do Código Penal.

Cabe ressaltar que o gabarito (que indica a letra "c") está correto.

MÓDULO VI

Tendo em vista o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação ao estupro e ao atentado violento ao pudor, no item **1.2. Art. 2.º, II – Proibição da Concessão de Fiança e Liberdade Provisória**, o trecho onde se lê "Recordamos que o estupro e o atentado violento ao pudor, praticados com violência presumida (art. 224 do CP), não são considerados hediondos." **deve ser desconsiderado.**

MÓDULO VII

Tendo em vista o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação ao estupro e ao atentado violento ao pudor, no item **1.4. Art. 9.º da Lei n. 8.072/90 – Aumento de Pena**, o terceiro parágrafo recebeu nova redação:

Quanto à questão da incidência do art. 9.º no estupro e no atentado violento ao pudor, ambos praticados com violência presumida, é preciso frisar que se descartava tal possibilidade porque o STF e o STJ vinham entendendo que tais crimes só seriam considerados como hediondos quando praticados com violência real, dessa advindo lesão grave ou morte da vítima. Como já adiantamos, o STF mudou sua orientação ao julgar o *HC* 81.288-SC. Pelo seu Pleno afirmou que o estupro simples também é hediondo. O STJ, baseado no julgamento acima aludido, foi mais longe ao afirmar que o atentado violento ao pudor, mesmo no caso de violência presumida, é crime hediondo (*HC* 19.221-PR). Caso se confirme, nos julgamentos que se sucederão, a orientação de que a hediondez dos citados crimes não é afastada pela violência presumida, será necessário enfrentar outra questão: incide o art. 9.º sobre o estupro e o atentado violento ao pudor cometidos com violência presumida? Admite-se a dupla utilização do art. 224 do Código Penal, ora para tipificar a infração penal, ora para aumentar a pena de metade? Há vários precedentes no STF sustentando ser possível. Tal orientação, todavia, foi sempre criticada pela doutrina e não foi adotada pelo STJ. No âmbito do Ministério Público de São Paulo admite-se a aplicação do art. 9.º nas hipóteses comentadas (Tese n. 74 – Setor de Recursos Extraordinários e Especiais). Há, portanto, duas orientações: a primeira sustenta a ocorrência de *bis in idem* e, assim, descarta a aplicação do art. 9º; a segunda admite a incidência do art. 9º, mesmo que se trate de violência presumida.

EXERCÍCIOS OBJETIVOS

8. Tendo em vista o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação ao estupro e ao atentado violento ao pudor, a questão 3 recebeu nova redação:

3. Sobre quais crimes incide o art. 9.º da Lei n. 8.072/90 e o que se exige em relação às vítimas dessas infrações penais para que seja possível a aplicação do aludido artigo de lei ?
